Crim. 92 (1

<3660162775001 8

<3660162775001 8

Bayer. Staatsbibliothek

Revision

der

Grundsätze und Grundbegriffe

des positiven peinlichen Rechts

von

Paul Johann Anselm Feuerbach

der Philos. und beider Rechte Doctor und Privatlehrer auf der Universität zu Jena.

Erster Theil.

Nulli me mancipavi: nullius nomen fero. Multum magnorum virorum judicio tribuo: aliquid et meo vindico.

SENECA.

Erfurt

in der Henningsschen Buchhandlung

1799.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Vorrede.

Ich übergebe hier dem Publikum eine Schrift, für welche ich mehr, als für irgend eine meiner bisherigen Arbeiten, ausführliche und gründliche Urtheile wünsche und erwarte. Sowohl der Zweck derselben (über welchen die Einleitung ausführliche Auskunft giebt), als auch das redliche Bewußtseyn, alles was an mir lag, gethan zu haben, um ihn zu erreichen, berechtigen mich zu diesem Wunsch, so wie mein Zutrauen zu dem Publikum, das meine geringere Versuche bisher mit einem so ermundern-

den Beifalle aufgenommen hat, mich zu der Hoffnung der Erfüllung desselben verpflichten. Es hat vorliegende Schrift weder bloßen Einfällen, noch auch dem Bestreben nach bloßer Neuheit und Paradoxie, ihr Daseyn zu verdanken. Ich habe lange über die Behauptungen nachgedacht, die diese Schrift theils zu begründen, theils zu entwickeln sucht; ich habe sie vielseitig und fast mit Aengstlichkeit geprüft und mit den Gründen meiner Gegner, so viele derselben ich nur in Schriften auffinden oder mir selber in ihrem Namen entgegensetzen konnte, oft und unpartheiisch abgewogen. Erfüllt von der Richtigkeit meines Gegenstandes und wohl überzeugt, daß uns auch nicht der redlichste Eifer vor Irrthum sichert, habe ich sowohl mündlich und schriftlich meine Behauptungen, besonders über die Imputation, competenten Richtern zur Prüfung vorgelegt, und ich könnte außer einem verehrten Hufeland, noch mehrere

rere Männer, als entschiedene Freunde meiner Meinung nennen, wenn dies nicht schiene, als wollte ich durch diese Namen das Urtheil des Publikums bestechen, und wenn ich nicht überzeugt wäre, daß eine Wahrheit, die auf Autorität angenommen wird, fast eben so schlimm ist, wie der Irrthum selbst. Eben darum aber bitte ich nicht um Nachsicht gegen diese Arbeit. Ich bitte um gründliche und strenge Prüfung. Wer sich nicht getraut, das was er öffentlich sagt, zu verantworten; hätte besser gethan, wenn er geschwiegen hätte. Sind meine Behauptungen wahr, so werden sie durch eine strenge Prüfung gewinnen und daran ist mir viel gelegen; sind sie aber falsch, so wird eine strenge Prüfung diese Irrthümer aufdecken, und daran ist mir eben so viel, um der Wahrheit und um meinetwillen gelegen. Wenn es mir aber erlaubt seyn kann, wegen etwas um Nachsicht zu bitten, so ist es wegen der Darstellung

stellung und der Mängel des Stils. Ich weiß zwar nur zu gut, was ein Schriftsteller, selbst wenn er als Rechtsgelehrter spricht, auch in dieser Hinsicht dem Publikum schuldig ist, und es wäre nicht zu verzeihen, wenn ich es rechtfertigen wollte, daß ich dieser Pflicht nicht ganz Genüge geleistet habe. Aber man wird mich wenigstens für entschuldigt halten, wenn man bedenkt, daß die Sache, welche so viel umfassend und dabei so verwickelt ist, meine ganze ununterbrochene Thätigkeit erfoderte, und daß das Bestreben nach einer deutlichen, klaren und, wo möglich, allgemein verständlichen Darstellung meiner Ideen mich für die übrigen Erfoderniße einer guten Schreibart etwas unachtsam und unempfindlich machte.

Ueber die Ausführlichkeit dieser Schrift werden sich gewiß diejenigen beschweren, welche nur gerne bei den Resultaten stehen bleiben und

denen

denen das lange Nachdenken über die Gründe derselben ein zu unbehagliches Kopfbrechen verursacht. Allein für diese, ich versichere es feierlichst, ist keine Zeile in diesem Buch geschrieben. Meine Absicht war, meinen Gegenstand, wo möglich zu erschöpfen; alle Gründe für meine Behauptungen zu sagen und alle Gründe gegen dieselben zu prüfen. Ob ich diese Absicht erreicht habe? weiß ich nicht. Aber diese Absicht machte es mir nothwendig, nichts unerörtert oder unerwiesen zu lassen, was auf meine Behauptungen Einfluß haben konnte, nichts aus Sätzen zu folgern, ehe ich nicht diese Sätze, selbst wenn sie in der Jurisprudenz nicht einheimisch seyn sollten, erwiesen hatte. In einem Compendium kann man wohl von Lehnsätzen reden; auf den Katheder kann man wohl sagen: dies zu beweisen, gehört nicht hieher, sondern in diese oder jene Wissenschaft: aber in einer ausführlichen Kritik einer Theorie würde ein

solches Verfahren zweckwidrig seyn, so bequem es auch ist, aus Sätzen zu folgern, ohne daß man sie zu rechtfertigen braucht. Man wird daher die ausführlichen psychologischen Erörterungen, die ich mir erlaubt habe, nicht als unnöthige Abschweifungen betrachten, welche entweder nur den Raum füllen, oder eine zweckwidrige Zerstreuung bewirken sollen. Sie sind sehr oft gar wesentlich und nothwendig, weil, wenigstens nach meiner Meinung, die wichtigsten Irrthümer der gewöhnlichen Theorien in irrigen psychologischen Begriffen ihren Grund haben und die Einsicht in die Wahrheit meiner Behauptungen zum Theil auf deutliche und klarer Einsicht gewisser psychologischer Wahrheiten beruht. Eben darum war ich auch hin und wieder genöthigt, Metaphysiker zu seyn. Unsre Criminalisten sprechen von der Freiheit, als einem Princip der äußern Strafbarkeit der Handlungen, und jener Begriff gehört, wie

ich

ich vollkommen überzeugt bin, blos und allein in die Moral und ist in dem Criminalrecht, sowohl wegen der Natur der Freiheit, als auch wegen der Natur der Strafe, von gar keinem Gebrauch. Wie konnte ich nun aber diese Ueberzeugung, welche die ganze Absicht dieser Lehre völlig verändert, rechtfertigen, wenn ich mich nicht über die Natur der Freiheit selbst erklärte? und wie konnte ich mich über die Natur der Freiheit erklären, wenn ich mich nicht über den Grund unsrer Ueberzeugung von der Existenz dieses Vermögens, (übrigens so kurz, wie möglich) erklärte? Meine Behauptung blos durch ein cf. Kant zu begründen, war zweckwidrig, mich hier auf das Corpus juris oder die Carolina zu berufen, war unmöglich. Daß aber blos positive Entscheidungsgründe, da wo sie Entscheidungsgründe seyn können, nicht von mir vernachläßigt worden sind, sondern daß ich in jenen eben so ausführlich war,

wie in diesen, wird besonders das Fünfte Kapitel meinen Lesern beweisen. Ueberhaupt ist es die Tendenz meines ganzen Systems, die Anmaßungen der Philosophie in dem peinlichen Rechte einzuschränken, der Herrschaft jener launenhaften Tyrannin in dem positiven Rechte entgegen zu arbeiten und ihr in der Jurisprudenz nichts weiter übrig zu lassen, als das Geschäft und die Ehre, eine unterthänige Dienerin der Gesetze zu seyn. Jena den 4ten April, 1799.

Der Verfasser.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MÜNCHEN

Revision
der Grundsätze und Grundbegriffe
des
positiven peinlichen Rechts.

Einleitung.

Kein Theil des positiven Rechts, hat in unsern Tagen ein so allgemeines Interesse gefunden, in keinem ist so viel und so thätig gearbeitet worden und in keinem hat man so sichtbare, glückliche Fortschritte zum Ziele gethan, als in dem peinlichen Recht. Es hat sowohl in der Theorie als in der Praxis, sowohl in Rücksicht seiner Form als seines Inhalts, in dem allgemeinen, wie in dem besondern

Theil

Theil gewonnen. Ueber wie viele Gegenstände sind nicht unsre Gesichtspunkte berichtigt? wie viele, sonst nur hin und her schwankende Begriffe sind nicht bestimmt! wie viele, sonst nur geahndete oder dunkel angedeutete Grundsätze, sind nicht zu vollständiger Deutlichkeit erhoben! Es war dies eine nothwendige Folge von dem überall thätigen Geiste der Zeit, die wohlthätige Frucht einer aufgeklärten Philosophie und der thätigen Bemühungen in der philosophischen Rechtslehre, besonders aber der Aufklärungen in der Criminal-Politik, deren Epoche mit Sonnenfels und Beccaria beginnt, und vor allem eine Frucht der Ueberzeugung, — die jetzt nur noch von der Unwissenheit verkannt und von einer sich selbst genügenden Indolenz verspottet wird — der Ueberzeugung, daß nur durch bestimmte Begriffe und durch feste, hell und deutlich gedachte allgemeine Grundsätze, sich eine Wissenschaft diesen Namen verdienen und dem, der sie anzuwenden hat, einen sichern Leitfaden gewähren könne.

Aber bis jetzt ist noch keine Wissenschaft vollendet, keine — wird es jemals werden. Und das peinliche Recht theilt dieses Schicksal mit allen Gegenständen des beschränkten menschlichen Wissens.

sens. Je wichtiger diese Wissenschaft ist, um so dringender ist die Verbindlichkeit, doch ja nicht von ihrer Vollendung, selbst nur in dem Wichtigsten, zu träumen und im behaglichen Genusse dessen, was man schon besitzt, das Bessere zu vergessen, das man sich noch erwerben sollte. Es scheint zwar beim ersten Anblicke das Streben einer strengen Theorie und einer in allen ihren Theilen vollendeten wissenschaftlichen Cultur in keiner Wissenschaft so leicht entbehrlich, oder wohl gar so zweckwidrig zu seyn, als in der Jurisprudenz. „Wenn hier in der Theorie nur nicht alles unbestimmt, wenn hier nur für das nothdürftigste Bedürfniß gearbeitet ist, was brauchen wir ängstlich über die Gründe unsrer Behauptungen zu grübeln? was brauchen wir mit trockner Genauigkeit bei Bestimmung von Begriffen zu verweilen und durch pedantisches, mühevolles Aufsuchen allgemeiner Grundsätze, (die so wahr sie auch seyn mögen, entweder nur dazu dienen können, das Ganze zu vereinfachen und zu ründen, oder in ihren Folgen sogar der Praxis, der allmächtigen Herrscherin über Theorie und Wahrheit, widerstreiten) sich selbst zu ermüden und andere abzuschrecken? Was der Theorie mangelt, ersetzt ja die Praxis, was an Einsicht fehlt, wird durch Uebung reichlich vergolten, wohin Begriffe

und

und Grundsätze der Theorien nicht reichen, da spricht laut die Ahnung des Wahren und das bedeutende durch Uebung geleitete Gefühl, das oft sicherer, als die schärfste Theorie entscheidet." So spricht der Praktiker, so spricht sogar der große Haufe seyn wollender Pfleger unsrer Rechtswissenschaft. Spottete doch neulich ein Theoretiker mit lächerlicher Selbstgenügsamkeit über das Bedürfniß haarscharfer Begriffe in dem peinlichen Recht. Und würde er so gespottet haben, wenn er nicht auf Menschen seines Gleichen rechnen konnte, die seinen Spott für baare Weisheit hielten? Es wäre unnöthig, diese zu widerlegen. Aber fragen kann man sie doch: woher es denn kommt, daß unsre Praxis selbst so unbestimmt und schwankend ist, daß das sichere praktische Gefühl, welches auch bei halbgedachten Begriffen und bei halbwahren Grundsätzen ausreichen soll, sich oft so sonderbar und widersprechend äußert und daß ein Verbrecher manchmal von der einen Facultät von der Instanz absolvirt, von der zweiten zum Gefängniß, von der dritten sogar zum Tod verurtheilt wird? Es wäre lächerlich, zu verlangen und zu träumen, daß je eine vollkommene Gleichheit in der Anwendung unsrer Rechtswissenschaft eintreten werde. Das Geschäft der Anwendung

ist

ist ein Geschäft der Urtheilskraft und diese kann nie untrüglich werden. Aber daß sie weniger tauglich sey, daß sie einen festen Gang nehme und nicht blindlings umhertappe und nicht ohne zu wissen warum, bald da, bald dorthin greifen; dies ist möglich, dies ist um der Menschheit und um ihrer Rechte willen nothwendig und dies können wir nur dadurch bewirken, daß wir in allem nach streng bestimmten Begriffen streben, daß wir die Theorie durch die haltbarsten festesten Grundsätze zu unterstützen suchen, daß wir nicht eher ruhen, als bis hier alles aufgeklärt, alles so viel wie möglich, begründet, alles so viel wie möglich vereinfacht und zur vollständig deutlichen Erkenntniß erhoben ist. Von der Theorie hängt die Praxis ab; um so sicherer und vollkommener ist diese, je bestimmter und vollendeter jene ist. Alles Suchen, das ohne feste leitende Principien angestellt wird, ist immer bald mehr, bald weniger ein blindes Herumtappen und alles Finden ein Werk des Ohngefährs, über welches man sich, wenn man zufällig das Wahre findet, nur Glück wünschen, aber nichts oder wenig seinem Verdienste zurechnen kann.

Geht man mit diesen Ueberzeugungen zur Untersuchung dessen, was bisher in dem peinlichen

Recht geschehen ist und will man bei dieser Untersuchung nur Wahrheit und nicht die Bestätigung seiner frommen oder eitlen Wünsche, so muß man zwar genug Ursachen finden, um den wohlthätigen Bemühungen unsrer aufgeklärten Rechtsgelehrten zu danken, aber auch genug Ursachen zu der Ueberzeugung, daß hier noch gar vieles nicht geschehen, daß hier noch gar vieles zu bestimmen, zu berichtigen und zu begründen sey. Ein neuerer Schriftsteller *) wagte neulich die Behauptung, daß eine Bearbeitung des Ganzen unsrer Criminalrechtswissenschaft jetzt noch das wichtigste Bedürfniß, die höchste, wo nicht die einzige Bedingung zur Cultur und Vollendung dieses Theils der Rechtswissenschaft sey. Ich finde mich versucht, diese Behauptung eine unüberlegte, sogar eine gefährliche Behauptung zu nennen. Denn einer Wissenschaft, die in ihren Theilen noch nicht vollendet ist, die in ihren wesentlichsten Bestandtheilen noch so viele Lücken und Mängel hat, wie gerade unser peinliches Recht, einer solchen Wissenschaft könnte wohl kein schlimmeres Schicksal begegnen, als wenn man über dem

*) Hr. Tiltmann in seinem Versuch über die wissenschaftl. Behandlung des peinlichen Rechts.

dem eifrigen Bestreben, das Ganze zu vollenden, die Bearbeitung der Theile vernachläßiget und statt sich um brauchbare Materialien und um einen haltbaren Boden mit aller Thätigkeit zu bekümmern, auf das Zusammensetzen und auf die äußern Zierrathen sein größtes Augenmerk richten wollte. Daß es mit der Voraussetzung seine Richtigkeit habe, läßt sich, wie mir scheint, mit leichter Mühe zeigen.

Ich erwähne nicht den besondern oder angewandten Theil des peinlichen Rechts, so viele Spuren unrichtiger Interpretation, falsch verstandner und übel angewendeter Philosophie oder Carpzovischer Tyrannei, auch noch hier zu finden sind. In dem allgemeinen Theil, mit welchem das Schicksal des besondern nothwendig zusammenhängt, finden wir noch mehr und bei weitem wichtigere Belege. Das erste was sich uns hier darbietet, ist dies, daß man sich über die letzten Gründe so vieler Lehren, entweder nur oberflächlich, oder, welches man mit mehr Wahrheit sagen kann, gar nicht erklärt hat. In diesem allgemeinen Theil findet sich die Lehre von der Imputation, in welcher man die Fragen: welches sind die Gründe der Strafbarkeit überhaupt? welches sind die Gründe für die Größe der Strafbarkeit?

zu beantworten hat. Man geht hierin von philosophischen Principien aus. Und man thut recht daran. Aber man sollte sich doch auch die Frage beantworten: warum es denn hier — in einer positiven Rechtswissenschaft — in einer Lehre, von der Anwendung der posttiven Strafgesetze des Staats erlaubt und nothwendig seye, diese Lehre aus allgemeinen Principien zu entwickeln? Die Beantwortung dieser Frage würde uns die letzte Quelle jener Lehre zeigen, würde uns den letzten Grund der Darstellung dieser Lehre in einem positiven peinlichen Rechte entwickeln. Und diese Beantwortung ist nicht nur darum nothwendig, weil eine Wissenschaft nichts in ihr Gebiet aufnehmen darf, wovon sie nicht die Nothwendigkeit erwiesen hat, sondern auch, weil sie uns die Grenzen dieser Lehre und die wahren Principien angiebt, aus welchen wir sie zu entwickeln haben. Gleichwohl wüßte ich keinen Criminalisten zu nennen, der sich hierüber befriedigend; keinen, der sich überhaupt hierüber erkläret hätte.

Und nun der eigentliche Inhalt dieses allgemeinen Theils? — Der Grundbegriff, von welchem das ganze Criminalrecht ausgeht und auf welchen alles zurückläuft, ist der Begriff von bür-

ger-

gerlicher Strafe. Man kann es, ohne Uebertreibung sagen, daß von der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit dieses einzigen Begriffs die Wahrheit oder Falschheit, die Consequenz oder Inconsequenz der ganzen Theorie, und die Festigkeit oder das Schwanken der Praxis abhängig ist. Wie uneinig sind aber nicht die Rechtslehrer gerade in diesem so wichtigen Begriff! und wie unbefriedigend sind nicht an und für sich alle ihre Bestimmungen! Der eine setzt den Zweck der bürgerlichen Strafe in moralische Vergeltung und bedenkt nicht, daß der Staat kein moralischer Richter ist; der zweite will moralische Besserung und vergißt dabei, daß er von dem Staate etwas unmögliches fodert. Allerdings! sagt der dritte; — der Staat hat bei der Verfügung der Strafe keinen andern Zweck, als durch diese Zufügung andere von ähnlichen Handlungen abzuschrecken. Aber, wendet der vierte ein, wer giebt denn dem Staat das Recht, Schmerzen einem Menschen zuzufügen, damit andere Menschen keine Rechte zu verletzen Lust bekommen? Dieser setzt daher den Zweck der Strafe in die Sicherung vor den künftigen Beleidigungen des Verbrechers, übersieht aber, daß derselbe Vorwurf den er jenem machte, mit verdoppelter Stärke auf seine eigne Theorie zurückfallen müsse.

Die Mangelhaftigkeit unserer Verordnungen, über die Anwendung der Strafgesetze, die vielen Gesetze, welche blos mit willkührlichen Strafen drohen und doch nicht ausdrücklich die Principien angeben, nach welchen der Richter die Strafe in concreto bestimmen soll, machen schlechterdings Grundsätze über die Anwendung der Strafe überhaupt und über den Maasstab der Strafen nothwendig, welche den Inhalt der sogenannten Imputationslehre ausmachen, und weil wir diese Lehre aus dem Begriff von Strafe und Strafgesetz entwickeln müssen, der Philosophie ein Recht zusichern, welches ihr in allen übrigen Theilen der Jurisprudenz abgesprochen werden muß; ich meine das Recht in der Criminalrechtswissenschaft nicht blos einen formellen, sondern auch einen materiellen Gebrauch zu haben. In allen andern Gebieten der positiven Jurisprudenz, hat nemlich die Philosophie blos formellen Gebrauch, in wie ferne sie sich weiter nichts erlauben darf, als uns zu deutlichen und erschöpfenden positiven Begriffen zu verhelfen, uns bei der Aufsuchung allgemeiner, aber aus positiven Quellen abzuleitender Grundsätze zur Führerin zu dienen und eine harmonische, die Foderungen der systematischen Einheit befriedigende Verknüpfung des Ganzen und

seiner Theile möglich zu machen. Allein so wichtig auch die Philosophie dem peinlichen Rechte überhaupt, und insbesondere der oben genannten Lehre ist, so wenig gute Dienste scheint sie ihr doch bisher geleistet zu haben. Die Verwechslung des moralischen und des rechtlichen Standpunktes, des innern und des äußern Forums, der bürgerlichen und der moralischen Strafbarkeit der Handlungen, hat hier die größten Verwirrungen verursacht und hat Theorien erzeugt, von denen sich in der That nicht begreifen läßt, wie sie dem Scharfsinne der Männer, welche bisher an dieser Wissenschaft gearbeitet haben, auch nur einigermaßen befriedigend scheinen konnten. Freiheit, oder nach andern, Willkührlichkeit, soll die Bedingung aller äußern Strafbarkeit seyn. Aber Freiheit ist doch in jeder Rücksicht blos ein moralischer Begriff, der blos in so ferne und in keinem andern Sinne, Gehalt und Bedeutung hat. Und was die Willkührlichkeit der Handlung betrift, werden denn nicht offenbar auch solche Handlungen bestraft und müssen sie nicht bestraft werden, die, obgleich sie mit dem Bewußtseyn der Strafbarkeit begangen worden, dennoch in der Willkühr nicht ihre Quelle haben? — Und die Principien für die Größe der Strafbarkeit der Verbrechen? — „Je größer die Freiheit, je we-

niger

niger Naturursachen zu der That bestimmten, desto größer ist die Strafbarkeit; je geringer die Freiheit ist und je mehr Naturursachen zu der That anreizten desto geringer ist die Strafbarkeit." Dies ist die allgemeine Regel, welche uns hier alle Rechtslehrer (sie unterscheiden sich blos durch geringfügige Modificationen) aufstellen. Wenn von moralischer Strafbarkeit die Rede ist, so ist allerdings jenes Princip vollkommen gegründet. Aber auch die rechtliche, äußere Strafbarkeit? Diese muß doch unstreitig von der Gefährlichkeit der Handlung ausgehen, weil bei der bürgerlichen Strafbarkeit, so wie bei keinem Gegenstande des äußern Forums, von der moralischen Schuld oder dem moralischen Verdienst nicht die Rede ist. Ist aber jene Voraussetzung wahr, und sie ist unumstößlich und von den Rechtslehrern selbst anerkannt — so muß das Princip der äußern Strafbarkeit mit jenem angeblichen Princip geradezu in umgekehrtem Verhältnisse stehen. so muß die Größe der äußern Strafbarkeit, mit der Größe und Stärke der antreibenden Naturursachen steigen und z. B. ein Verbrecher, der durch eine böse Erziehung verderbt ist, und durch tiefeingewurzelte, heftig antreibende sinnliche Triebfedern zu Verbrechen fortgerissen wird, in einem höhern Grade strafbar seyn.

Denn

Denn obgleich, um aus dem metaphysischen Standpunkt die Sache zu beurtheilen, die Freiheit in hohem Grade bei diesem vermindert ist, so ist er doch eben darum weit gefährlicher, als derjenige, der mit größerer Freiheit gehandelt hat und daher vor seinem Gewissen strafbarer ist. Hätte daher der Freiheitsbegriff auf dem Gebiet einer Rechtswissenschaft überhaupt einige Bedeutung, so müßte man sagen — nicht, daß die Strafbarkeit um so größer sey, mit je mehr Freiheit der Verbrecher gehandelt hat, sondern: daß sie um so größer sey, mit je weniger Freiheit er gehandelt hat.

Ueber den Gebrauch dieser philosophischen Principien von der Strafbarkeit der Handlungen, kann ich eben so wenig mit unsern Criminalisten übereinstimmen. Ich bin überzeugt, daß dieser Gebrauch viel zu weit, über die Grenzen des Rechts, gegen die Autorität der Strafgesetze, ausgedehnt wird. Sollte es wohl eine Befugnis des Richters geben, wegen eines verringerten oder erhöhten Grades der Strafbarkeit in concreto, ein bestimmtes Strafgesetz zu mildern oder zu schärfen, mithin auch dann nicht auf die gesetzliche Strafe zu erkennen, wenn gleich alle gesetzlich bestimmten Merkmale des Verbrechens in concreto vorhanden

sind?

sind? Die Bejahung oder Verneinung dieser Frage ist von der größten Wichtigkeit, von dem umfaßendsten und folgereichsten Einfluß. Fast alle Rechtslehrer bejahen sie und dehnen also den Gebrauch der philosophischen Principien von der Strafbarkeit der Handlungen auch auf die Anwendung bestimmter Strafgesetze aus. Allein ich bin fest überzeugt, daß wir durch diese Theorie geradezu die Autorität aller Strafgesetze untergraben, daß sie der Natur des bestimmten Strafgesetzes widerspricht und sogar den ausdrücklichen Gesetzen, besonders des römischen und canonischen Rechts entgegen ist. Wo alle gesetzlichen Merkmale des Verbrechens in concreto vorhanden und die Handlung mit dem Bewußtseyn der Uebertretung begangen worden ist; da muß auch die gesetzliche Strafe, Anwendung finden und kein geringerer Grad des Dolus kann diese Strafe mildern, so wenig als ein außerordentlich hoher Grad desselben sie zu schärfen vermag. Jene Principien der Strafbarkeit haben nur ihren Gebrauch bei Anwendung der unbestimmten Strafgesetze, also nur in denen Fällen, wo eine willkührliche Strafe es dem Richter möglich und nothwendig macht, die Größe des Verbrechens nach dem Grad der Strafbarkeit in concreto zu beurtheilen und hiernach die Strafe selbst zu bestimmen.

stimmen. — Durch nichts beleidige ich vielleicht so sehr die gemeine Meinung, als durch diese Behauptung. Man wird sich versucht finden, sie der Unmenschlichkeit, der Barbarei und des Widerspruchs gegen den gemeinen Verstand zu bezüchtigen. Ist es nicht unmenschlich, wird man sagen, einen Menschen, ohne Rücksicht auf menschliche Schwäche, blos nach der Strenge eines allgemeinen Gesetzes zu beurtheilen und zu bestrafen? nicht barbarisch, denjenigen der aus Uebereilung, wegen eines blos zufälligen Zusammenflußes unvorhergesehener Umstände zum Beleidiger der Gesellschaft geworden ist, mit eben der Härte, wie den unheilbarsten Bösewicht zu bestrafen — und dies blos darum, weil beide eine und dieselbe Handlung begangen haben, die ein Gesetz mit einer Strafe belegt hat? — Ich antworte nur, daß nichts unmenschlich ist, was erweißlich gerecht ist; daß die Gerechtigkeit nicht auf menschliche Schwäche sieht, sondern unerbittlich und streng einen unbedingten Gehorsam fodert. Das Gesetz gebietet diese Strafe gegen jeden, der es zu übertreten wagt: und das Gesetz ist heilig, so lange es noch Gesetz ist. Der Richter ist sein Diener und nur so lange dieses Namens werth, als er es streng befolgt. Der Staat, das öffentliche Wohl, die beleidigte

digte und Genugthuung fodernde Gerechtigkeit — dieses ist der Punkt, welchen er stets vor Augen haben, welcher allein ihn bei der Untersuchung nnd Bestrafung des Verbrechens leiten muß: — nicht aber der Mensch, der jetzt zitternd und wehmüthig vor ihm steht, nicht der unglückliche Verbrecher, der, was immer die Triebfeder zu seiner That seyn mochte, doch nur Verbrecher ist: nicht das Mitleid und die Regungen der Menschlichkeit, die ihn als Privatmann ehren, aber als Richter und Executor der strafenden Gerechtigkeit verdächtig machen, und, wenn er ihnen mehr als dem Gesetz gehorcht, ihn zum Beleidiger des Staats, zu einem strafbaren Verbrecher erniedrigen. — Es kann dem Staate nützlich seyn, daß man eines gewissen Verbrechers schone! — Zufällige Ursachen haben ihn zum Verbrechen hingerissen, er darf nur gewarnt, nur gezüchtigt werden, und er wird der rechtlichste Bürger seyn: fällt er in die Strafe des Gesetzes, so ist er auf immer verloren, so ist dem Staat auf immer ein nützliches, vielleicht ein nothwendiges Glied entzogen. — Aber noch nützlicher ist es dem Staat, daß sich die Gerechtigkeit unbiegsam zeige, daß sie sich nicht nach zufälligen Vortheilen schmiege und dadurch die Autorität der Gesetze untergraben, die Strafdrohung zu einem kindi-

schen

schen Spielzeug werde. Der Richter erhält auf diese Art dem Staate manchen nützlichen Bürger, lockt aber zu immer neuen Uebertretungen und verletzt, aus Barmherzigkeit gegen die Verbrecher, die Rechte der Bürger und die Pflichten gegen den Staat

Injuriam ipse facis, ubi non vindices;
Nisi vindices delicta, improbitatem adjuvas;
Qui dubitat ulcisci, improbos plures facit;
Qui culpae ignoscit uni, suadet pluribus;
Socius fit culpae, qui nocentem sublevat.

Daß unsre Strafgesetze dem Geist der Zeiten widerstreiten, ist gewiß; und eben so gewiß ist es, daß diese Theorie ursprünglich nur darum ersonnen worden ist, um sie mit diesem Geist der Zeiten wenigstens zu versöhnen, da man sie noch nicht durch diesen zerstören konnte. Aber wenn dieses auch menschlich, wenn es auch nothwendig war, warum mußte man denn gerade dem Richter die Befugniß andichten, sich über die Gesetze zu erheben und ihre Strenge aus eigner Macht zu mildern? — Unter den Rechten des Oberhaupts giebt es ein Recht, welches das Begnadigungsrecht heißt, welches zwar ebenfalls seine Grenze hat, aber gleichwohl, da der Regent nicht blos Repräsentant, sondern auch Depositär des gemeinen Willens ist, sich

in

in der oberherrlichen Gewalt wirklich findet. An diesen Theil der oberherrlichen Gewalt, wende sich der Verbrecher, vor diesem Forum der Gnade und nicht des Rechts, suche selbst der Richter eine Lossprechung der Strafe zu bewirken, die zwar entweder gar nicht dem Verbrechen gemäß ist, oder bei welchen besondere außerordentliche Umstände, eine Milderung nothwendig machen, welche aber gleichwohl, weil das Gesetz, welches sie droht, noch nicht aufgehoben ist und allgemein spricht, an und für sich ihre vollkommene rechtliche Gültigkeit behauptet. *) So bleibt der Richter in seinen Schranken und es wird die Billigkeit nicht auf Kosten der Gerechtigkeit befriedigt. — Aber man hat es anders gewollt, man hat dem Richter selbst dieses Recht ertheilt und eine Theorie ersonnen, welche diese Ausdehnung der richterlichen Gewalt mit der Autorität der Gesetze und den Pflichten des Rich-

*) So verfährt auch der hiesige Schöppenstuhl, der eben so aufgeklärt ist, als er die Willkührlichkeit des Richters verabscheut. Noch immer steht in Sachsen auf dem Ehebruch die Todesstrafe. Ist das Verbrechen erwiesen, so wird auch von der hiesigen Facultät, ohne sophistische Verdrehung der Gesetze, darauf erkannt. Dabei werden aber die Gründe gegen das Gesetz angeführt und der Verbrecher der Gnade empfohlen, nebst Bestimmung der Strafe, bis zu welcher das Gesetz gemildert werden müsse.

Richters vereinigt, aber so scharfsinnig sie auch ist, nicht nur der Wahrheit gänzlich zu widersprechen, sondern auch die Fruchte einer künftigen bestimmten Strafgesetzgebung in ihrem Keimen zu zerstören scheint.

Diese Theorie hat sich schon tief in unsre Criminalrechtswissenschaft eingewurzelt, man hat an ihr zu zweifeln aufgehört und man hält diese Art, die bestimmten Strafgesetze zu erklären und anzuwenden, nicht mehr blos für ein momentanes Bedürfnis der Zeit, sondern für den Ausspruch nothwendiger Wahrheit und Gerechtigkeit. Mögte daher ein künftiger Strafe oder noch so bestimmt und vollendet seyn, mögte er mit noch so viel Genauigkeit Verbrechen und Strafen in ein richtiges Verhältniß setzen: — Die Ueberzeugung von dieser Theorie würde nur zu bald wieder die richterliche Willkühr über das Gesetz erheben, die bestimmtesten Strafgesetze zu unbestimmten Verordnungen erniedrigen und den traurigen Zustand einer schwankenden Criminaljustiz von nenem herbeiführen. Um so mehr bedarf daher diese Theorie eine ausführlichen Untersuchung, eine unpartheiische Prüfung der Gründe für und dagegen.

Indem ich von den Bedürfnissen des peinlichen Rechts sprach, habe ich zugleich meine Absicht bei

dieser

dieser Schrift und die Hauptgedanken, welche in ihr ausgeführt werden, dargestellt. Ihre Absicht ist, durch ausführliche Untersuchung und Berichtigung der vornehmsten Grundsätze und Grundbegriffe dieser Wissenschaft auf die Befriedigung jenes Bedürfnisses hinzuarbeiten. Es geschieht dies in der Form einer Revision, nicht aber eines Systems: und ich glaube, daß ein jeder, der neue, von der bisherigen abweichende und in die ganze Wissenschaft einfließende Behauptungen zu besitzen glaubt, dieses der Wahrheit schuldig ist. Die systematische und wissenschaftliche Form, welche von Principien ausgeht, und an diese schulgerecht ihre Folgerungen reiht, setzt voraus, daß diese Principien schon gewiß und aufgefunden sind. Wer aber an den bisherigen Principien zweifelt, und Grundsätze, die entweder diesen entgegengesetzt, oder doch von denselben abweichend sind, für wahr und nothwendig hält, der muß sich ausführlich und zwar auf dem Wege der Untersuchung rechtfertigen, muß nicht blos das, was er für Wahrheit hält, aus richtigen Gründen ableiten, sondern muß auch die entgegengesetzte Argumenta abwägen, und eben so sorgfältig nach den Quellen der Irrthümer forschen, als er die Quellen der Wahrheit sucht.

Erstes Kapitel.

Ueber den Begriff der bürgerlichen Strafe und das Recht dieselbe zuzufügen.

Den wichtigsten Einfluß auf das Criminalrecht überhaupt, insbesondere aber auf die Lehre von der sogenannten Zurechnung der Handlungen, hat die richtige Bestimmung der Strafe und der Natur der strafenden Gewalt. Mit der Untersuchung dieser Begriffe müssen wir daher unsere Revision beginnen.

Die Frage, welche uns zunächst angeht, ist diese: was ist bürgerliche Strafe? *) — Es hängt aber diese Frage von dem Begriffe der Strafe überhaupt, als der Gattung der bürgerlichen

*) Ich spreche hier nicht von bürgerlicher Strafe im Gegensatz der Criminal-Strafe; sondern im Gegensatz der moralischen und andern Strafen.

lichen Strafe ab. Denn jede Art trägt, nebst ihren besondern Prädicaten, auch die Merkmale der Gattung, und keine Art eines Gegenstandes kann vollständig und richtig bestimmt werden, wenn man nicht richtig und vollständig die Prädicate der Gattung festgesetzt und entwickelt hat. Gleichwohl wird diese logische Regel von unsern Rechtslehrern und Philosophen fast gar nicht bey diesem Gegenstande beobachtet, ob sie gleich hier, mehr als irgendwo, beobachtet werden sollte. Ohne uns über die Strafe überhaupt zu belehren, entwickeln und deduciren sie uns sogleich die Natur der bürgerlichen Strafe, und davon ist denn die natürliche Folge, daß der Begriff von bürgerlicher Strafe nicht nur schwankend, sondern auch unrichtig ist, und wir statt eines Art-Begriffs von Strafe, die Art von einer ganz andern Gattung des Zwangs als Resultat erhalten.

Aber auf welchem Wege lassen sich die Merkmal für den Gattungsbegriff der Strafe finden? Es ist uns hier nicht gleichviel, welche Art von Zwang wir bestimmen; sondern wir verlangen die Merkmale des Begriffs, der mit dem Wort Strafe bezeichnet wird. — Ein Wort erhält seinen Begriff entweder durch die Schule, oder

durch

durch den gemeinen Gebrauch. Jenes ist der Fall, wenn das Wort erfunden ist, um einen wissenschaftlichen Begriff zu bezeichnen; dieses aber, wenn der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, mit einem bestimmten Worte einen bestimmten Begriff bezeichnet; dort ist das Wort, und sein Begriff blos in der Wissenschaft einheimisch, hier aber geht beides der Wissenschaft vorher und ist unabhängig von ihr, blos durch den gemeinen Verstand begründet. Fragen wir daher nach dem Sinn, scientifischer Worte, so kann nur die Wissenschaft und der wissenschaftliche Gebrauch über den Sinn desselben entscheiden; ist es aber ein Wort der letzten Art, nach dessen Sinn wir fragen; so kann uns nur die Entwickelung des gemeinen Sprachgebrauchs darüber belehren. Und von dieser letzten Art ist das Wort Strafe. Das Wort und die Sache waren lange vor der Wissenschaft, in welcher der darauf bezeichnete Begriff dargestellt werden soll, vorhanden, und daß es kein scientifisches Wort ist, davon ist das schon hinlänglicher Beweis, daß die Wissenschaft nach dem Begriffe desselben fragt. Der Sprachgebrauch ist also hier unser erster und einziger Führer, und die Analysis desselben das Fundamentalgeschäft in dieser Untersuchung. Es

kann uns doch unmöglich erlaubt seyn, was immer für ein Zwangsrecht beliebig zu deduciren, und dann ohne allen Beweis, dieses Recht ein Strafrecht, das Uebel, das aus einem solchen Rechte zugefügt wird, eine Strafe zu nennen. Es muß doch wohl gezeigt werden, daß dieses Strafe sey, und da sich dieß weder von selbst versteht, noch auf eine andere Weise, etwa a priori, ausgemacht werden kann; so bleibt uns nichts als der bezeichnete Ausweg offen, wenn wir nicht willkührlich verfahren, und über Worte und Begriffe tyranniſiren wollen. Der Natur einer Rechtswissenschaft wird durch eine solche Erörterung gar nicht präjudicirt. Der Sprachgebrauch soll uns nichts als den Begriff der Sache an die Hand geben. Ob dieser Begriff eine rechtliche Realität habe? ob es ein Recht, ein solches Uebel zuzufügen, gebe? ist eine ganz andere Frage, deren Beantwortung von jener ganz unabhängig ist, und, wie sich versteht, aus Rechtsprincipien nicht aus dem gemeinen Gebrauche geführet werden kann. Finden wir nun in dieser Untersuchung, daß dieser Begriff rechtliche Gültigkeit habe; so müssen wir den Begriff und das ihn bezeichnende Wort in die Wissenschaft aufnehmen; sollte sich aber zeigen, daß es keine rechtliche Gültigkeit habe,

so

so müssen wir mit der Sache selbst auch das Wort aus ihr verweisen, und nicht etwa (wie dieß wohl geschieht) einen ganz fremdartigen, mit seinem eigenthümlichen Worte schon bezeichneten Begriff, ihm unterschieben. Denn alsdenn nennen wir etwas Strafe, was nicht Strafe ist, und verwirren nicht blos Worte, sondern auch Begriffe.

Wenn wir nun auf diesem Wege nach dem wahren Gehalt jenes Begriffs forschen, so werden wir leicht gewahr, daß Strafe überhaupt ein Uebel bedeute, welches um begangener gesetzwidriger Handlungen, und zwar blos um dieser willen einem Subjecte zugefügt wird: *malum passionis ob malum actionis*, wie die ältern Rechtslehrer sagen. Dasjenige was bestraft wird, das Object der Strafe ausmacht, ist eine begangene Handlung; der nächste Grund, warum gestraft wird, die in die vergangene Zeit fallende Uebertretung von Gesetzen. Es wird also damit kein Uebel bezeichnet, welches einem Subject, um künftiger Begehungen oder Unterlassungen willen, zugefüget wird; sondern dieses Subject wird blos darum bestraft, weil es jene gesetzwidrigen Handlungen begangen hat, weil es Ursache von Handlungen ist, welche

den

den zureichenden Grund zu einem solchen Uebel in sich enthalten.

Man redet allgemein von natürlichen Strafen und versteht darunter Uebel, welche nach Naturgesetzen auf gesetzwidrige Handlungen folgen. Es ist hier nicht davon die Rede, ob es wirklich natürliche Strafen gebe. Der Vernünftige wird gewiß mit nein antworten, und Hommel dürfte in seinen Spöttereyen darüber wohl Recht haben: „Natürliche Strafen, sollen es dergleichen seyn, müssen doch die Laster unzertrennlich begleiten. Aber das ist nicht. Auf Weintrinken und unmäßige Liebe erfolgt das Zipperlein, und durch vieles Actenlesen schwächt man sich die Augen. Ist Actenlesen wohl Sünde *)?" Aber es ist hier nicht davon die Rede: ob dieser Begriff Realität habe, sondern nur: was man sich dabey denke, und was für Gattungsmerkmale für die Strafe überhaupt sich aus diesem Begriffe der Art ergeben? Daß nun natürliche Strafen kein Uebel um einer zukünftigen Handlung des Strafbaren willen sind, sieht man bey der geringsten Reflexion. Die Natur wird doch wohl hier den Zweck haben, den Verbrecher zu bessern, künftige zu fürchtende gesetzwi-

*) K. E Hommels philosophische Gedanken über das Criminal-Recht u. s. w. herausg. von Rössig. (Breslau 1784.) S. 85. —

widrige Handlungen desselben zu verhindern oder ihn zu gesetzmäßigen zu bestimmen? Denkt sich irgend Jemand dieß als den Grund, warum er das durch die Natur veranstaltete Uebel eine Strafe nennt? Unser eignes Bewußtseyn und die allgemeine Stimme würde uns widerlegen, wenn wir dies bejahen wollten. Nur auf die vergangenen, nicht auf die zukünftigen Handlungen beziehen wir dieses Uebel, und betrachten sie als einen Lohn, der durch die Uebertretungen verdient worden. Nicht anders ist die Vorstellung bey den Strafen, deren Executor wir in der Gottheit zu sehen glauben, und welche wir in einem andern Leben erwarten. Kann man hier von Züchtigung, als dem Mittel moralisch zu bessern, reden, ohne allen Vorstellungen, die man allgemein mit solchen Strafen verknüpft, zu widersprechen? Das gegenwärtige und das künftige Leben scheiden wir dadurch von einander, daß der Mensch sich in jenem verdient, was er in diesem wirklich erhält, daß er nach seinen Handlungen auf dieser Welt, in jener entweder die Strafe oder die Belohnung empfängt. Denn zwischen der Tugend und Glückseligkeit soll Harmonie seyn, und in dem Begriffe der Tugend selbst ist schon der Begriff von Glückswürdigkeit, in dem Begriff des Lasters das Merk-

mal der Glücksunwürdigkeit enthalten. Da wir nun in dieser gegenwärtigen Welt den Einklang der Tugend mit dem Wohl, des Bösen mit dem Uebel, nicht finden; so setzen wir die Periode für diese Ausgleichung in ein anderes Leben, und erwarten dort, was wir hier vergebens suchen. Schon der Grund dieser ganzen Vorstellung bürgt uns für jene Natur der moralischen Strafe. Denn dieser Grund ist die Idee von der nothwendigen Harmonie der Glückswürdigkeit oder Unwürdigkeit mit dem Wohl oder dem Uebel, und diese Idee giebt nach dem bloßen Satze des Widerspruchs, für diese Art der Strafe das Merkmal, daß sie ihren einzigen Grund in dem schon geschehenen Widerspruche des Subjects mit sittlichen Gesetzen hat. Wir brauchen weiter nichts zu wissen, als daß das subjective Princip der Handlungen der Person mit dem Objectiven des Gesetzes im Widerspruche sey; um daraus auch zugleich die Nothwendigkeit eines dieser unmoralischen Gesinnung angemessenen Uebels zu erkennen.

Nicht weniger legen wir dieses Merkmal den bürgerlichen Strafen bey: voraus gesetzt, daß wir uns selbst und andere nicht durch den falschen Spiegel unserer künstlichen Systeme beobachten, und statt die Aussprüche des gemeinen Verstandes

durch

durch sich selbst zu interpretiren, den Begriff der Kunst, der doch durch jenen erst vorbereitet und möglich gemacht werden soll, in ihn hinübertragen. — Man denke sich, daß ein Gesetz des Staats eine Handlung einer bestimmten Strafe unterwor-fen und daß ein Bürger sich jener Handlung voll-kommen schuldig gemacht hat. Was ist es hier, frage ich, warum wir diesen der Strafe schuldig halten? ist es der Gedanke an die künftigen Ver-letzungen, oder blicken wir hier nicht vielmehr blos auf das, was schon geschehen ist, auf das Gesetz, welches schon wirklich beleidigt worden? untersuchen wir etwa, um die Strafbarkeit seiner Handlung fest zu setzen, ob er sich nicht schon ge-bessert habe, ob er wirklich mit neuen Gefahren den Staat bedrohe, ob es nöthig und nützlich sey, sich vor ihm in Sicherheit zu setzen? Ich finde von allem diesem in meinem Bewußtseyn nichts und finde es eben so wenig in dem Bewußtseyn Anderer. Die Uebertretung des Gesetzes ist allen schon hin-reichend, um ihn der Strafe für würdig zu halten. Ihm ist sein Recht geschehen, sagen wir von dem Mörder, an dem die Gerech-tigkeit ihr Amt verwaltet hat; und, indem wir dies sagen, haben wir das Gesetz im Auge, das er wirklich übertreten, die Gerechtigkeit, die er

durch seine begangene Handlung beleidigt und welche, wegen dieser Beleidigung, Genugthuung gefordert hat. Wenn es uns auch ganz gewiß scheint, daß sich der Verbrecher durch keine Strafe (juridisch) bessern werde, oder daß er sich schon durchaus gebessert habe; so hat dies auf das Urtheil unsers gemeinen Verstandes über seine bürgerliche Strafbarkeit auch nicht den geringsten Einfluß und wir tadeln eben so wenig den Staat, wenn er nach dem Gesetz einen Verbrecher bestraft, der durch diese gesetzliche Strafe gewiß nicht von künftigen Beleidigungen abgehalten wird, als wir ihn tadeln, wenn er das Verbrechen eines solchen ahndet, von dem wir uns gewiß überzeugt halten, daß er das Verbrechen (welches vielleicht blos in einer speciellen, nunmehr ganz vertilgten Triebfeder seinen Grund hatte) nie mehr wiederholen werde. In dem letzten Fall nimmt zwar das Gefühl des Mitleids und der Menschlichkeit ein sehr großes Interesse an einem solchen Verbrecher und wird uns vielleicht bewegen Genade für ihn zu wünschen und zu suchen: aber es wird uns nicht einfallen, uns in dieser Angelegenheit an das Forum des Rechts zu wenden, oder dieses der Ungerechtigkeit anzuklagen, wenn es über den Beleidiger nicht nach den von

ihm

ihm zu erwartenden, sondern blos nach seinen begangenen Thaten richtet.

Ich erlaube mir noch eine andere allgmeinere Reflexion. Wir setzen der Strafe durchgängig die Belohnung contradictorisch entgegen, wir mögen nun von moralischer oder rechtlicher Belohnung und Strafe reden. So wie wir uns bey jenem Begriffe eine Uebertretung als Grund eines Uebels denken, so verstehen wir unter Belohnung ein sinnliches Gut als Folge eines Verdienstes. Wer kann hier, wenn er nicht den ganzen Begriff zerstören will, an zukünftige Verdienste des Belohnten denken, diese zukünftigen Verdienste als den Grund der Belohnung annehmen, diesen Grund aber als ein wesentliches Merkmal in dem Begriffe derselben denken? Cicero erhält zur Belohnung den Namen: Vater des Vaterlandes, weil er von der Catilinarischen Verschwörung den Staat gerettet hat; Miltiades erhält die Ehre einer Bildsäule in dem Tempel zu Delphos, weil er die Perser bei Marathon geschlagen hat. Wie lächerlich, diese Folgen des Verdienstes darum Belohnungen nennen zu wollen, nicht weil sie die Folgen des entschiedenen Verdienstes sind, sondern weil der Belohnte oder Andere dadurch aufgefordert

wers

werden sollen, sich neue Verdienste zu erwerben! — Die letzte Rücksicht kann ein Nebenzweck der Belohnung seyn; die Spartaner konnten wohl dnrch das berühmte Denkmal bei Thermopylä die Nebenabsicht haben, andere zu ermuntern, diesen Belohnten gleich den Tod für das Vaterland zu sterben. Aber dieser Nebenzweck macht doch nicht das Wesen der Belohnung aus, ist nicht das Merkmal, weßwegen wir jenes Gut eine Belohnung nennen. Was von dem Begriff der Belohnung gilt, muß auch von dem contradictorisch entgegengesetzten Begriffe der Strafe gelten, der sich von jener nur dadurch unterscheidet, daß dort ein sinnliches Gut, hier ein sinnliches Uebel vorhanden ist, jenes Gut auf Verdienst, dieses Uebel auf ein Verschulden folgt. — Ich erinnere nur noch an die Ausdrücke: diese Handlung verdient Strafe, er hat durch sein Verbrechen den Tod verdient oder verschuldet u. s. w. welche alle auf jenes Wesen der Strafe hindeuten. In so ferne ist daher Möser der Wahrheit nahe, wenn er behauptet *): daß nach allgemeinem und juristischem Sprach-

*) Das peinliche Halsrecht der Teneriffaner, ein Mährchen wie es mehrere giebt. Mit Anmerkungen. 2te Aufl. (Osnabrück 1798.) S. 90. Anmerk. 1.

Sprachgebrauche, strafen nichts anders heiße, als einem Menschen dasjenige Uebel zufügen, das er durch die moralische Häßlichkeit seiner Handlung verdient hat. „Wenn Gott am jüngsten Gerichtstage einen Menschen zur Hölle verdammte, so wäre das reine und unvermischte Strafe, weil 1) der Beleidigte dadurch nicht schadlos würde; 2) der Beleidiger dadurch weder selbst gebessert, noch jemandes Sicherheit geopfert würde, endlich 3) es keinem mehr zum Beispiel dienen könnte." Der Hauptgedanke bei allen diesen ist: der Grund der Strafe muß in der vergangenen Handlung selbst liegen, und dieß ist ein Gedanke, der, weil er so innig mit allen unsern Begriffen verwebt ist, fast nicht bewiesen zu werden braucht. Möser irrt nur darinn, daß er einen Begriff der Art (nemlich die moralische Strafe) zum Begriff der Gattung macht, wodurch er denn zu manchen irrigen Aeußerungen verleitet wird.

Nach dieser Erörterung des Begriffs können wir nun die Strafe als Gattung von andern Gattungen des Zwangs unterscheiden. Da nemlich Strafe ein Uebel ist, welches um der gesetzwidrigen Handlungen willen und blos um dieser willen einem Subjecte zugefügt wird, so folgt

daß

daß sie sich unterscheide 1) von der Züchtigung einem Uebel, das einem Subject zu dem Zwecke zugefügt wird, daß dieses nicht blos von gesetzwidrigen Handlungen abgehalten, sondern auch zu gesetzmäßigen bestimmt werde. Bey der Züchtigung geht zwar ebenfalls eine gesetzwidrige Handlung dem Uebel vorher; aber sie ist nicht Grund, sondern blos Gelegenheitsursache und Erkenntnißgrund der Nothwendigkeit derselbeni Die gesetzwidrige Handlung verräth uns, daß die Person einen dem Gesetz widersprechenden Willen habe und weil physische Uebel die Neigungen die zu Handlungen gegen das Gesetz bestimmen überwinden, so erkennen wir aus jenen Uebertretungen die Nothwendigkeit, durch diese Uebel auf das Begehrungsvermögen des Subjects zu wirken. Aber der eigentliche Grund des Uebels liegt nicht in der gesetzwidrigen Handlung, sondern in den zukünftigen gesetzmäßigen Handlungen, die durch dieselbe bewirkt werden sollen. Wäre dieß nicht möglich, ließe sich dieser Erfolg von der Züchtigung nicht erwarten; so würde sie auch gar nicht statt haben können. Die Strafe findet aber, ohne alle Rücksicht auf die Besserung des Verbrechers, Anwendung, und Jedermann erkennt eine gesetzwidrige Handlung

für

für strafwürdig, betrachtet das Uebel als eine nothwendige Folge derselben, wenn es auch vollkommen gewiß wäre, daß alle Besserung unmöglich sey. Daraus läßt sich dann beurtheilen, was von der sogenannten *poena correctoria* zu halten sey. Unter dieser versteht man eine Strafe, die zum Zwecke hat, den Verbrecher zu bessern. Schon die Claßiker kennen diese Art der Strafe und von ihnen hat sie sich durch das Medium der Scholastiker bis auf unsere Zeiten fortgepflanzt. So sagt schon **Plato** im Gorgias: προσηκει δε παντι των εν τιμοριᾳ ονται, υπ αλλου ορθως τιμωρουμενον, ἡ βελτιονι γιγνεσθαι και ονινασθαι, η παραδεγμα ꝛc. und *Gellius*: *) „Puniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est. Una est quae νουθεσια, vel κολασις, vel παραινεσις dicitur; quum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito deliquit, attentior fiat, correctiorque. Unter den Neuern haben noch mehrere diesen Zweck und Begriff der Strafe aufgenommen. So sagt unter andern Klein **), daß die Strafe im engern Sinne, welche die Verhinderung äußerer gesetzwi-

*) Noct. Attic, Lib. VI, Cap. 14.

**) Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 11.

widriger Handlungen beabsichtige, Züchtigung genennt werde, in sofern sie die Besserung des Gezüchtigten zum Zweck habe. Aber wie kann man Züchtigung als eine Art dem Gattungsbegriff von Strafe subsumiren, da Strafe und Züchtigung nicht blos der Art, sondern der Gattung nach von einander unterschieden sind. Eine poena correctoria widerspricht sich selbst, da der Begriff von Strafe und Züchtigung sich gegenseitig einander ausschließen und die Merkmale des einen die Merkmale des andern aufheben. Ein Uebel das ich mir als Strafe denke, kann nicht als Züchtigung gedacht werden, und ein Züchtigungsübel hört, eben weil es ein solches ist, auf ein Strafübel zu seyn. — Der Staat hat allerdings auch ein Recht zu züchtigen *) (welches immer Gegenstand der Policey ist); auch kann mit der eigentlichen Strafe, wie Herr Klein ganz richtig bemerkt, die Züchtigung wohlthätig verbunden werden. Aber dieß berechtigt uns noch gar nicht, diese Züchtigung für eine Art der Strafe auszugeben und dadurch wesentlich verschiedene Begriffe zu verwirren. Doch läßt es sich leicht begreiffen, woher,

*) Züchtigen, wenn es vom Staat gebraucht wird heißt notare: das Uebel selbst nota, notatio.

woher der Irrthum, daß man auch Züchtigung eine Strafe nennt, entspringe. Es läßt sich zeigen, daß dieser Ausdruck nur analogisch von einer verschiedenen Gattung herübergezogen worden ist. Es rührt nemlich dieser analogische Sprachgebrauch aus den Begriffen her, die man allgemein mit der Züchtigung bei dem Erziehungsgeschäft verbindet. Hier haben wir auf werdende Menschen zu wirken und diese sind Geschöpfe, auf deren Willen nur durch Sinnlichkeit gewirkt werden kann; thierischer Schmerz und Lust sind die einzigen Triebfedern ihres Handelns; durch diese werden sie auch, obgleich noch unschuldig, zu gesetzwidrigen Handlungen bestimmt, und nur Naturhindernisse und zu befürchtender Schmerz, oder Hoffnung zur Lust können ihr Begehren unterdrücken. Wir züchtigen sie daher, erregen ihnen Schmerzen, und suchen sie dadurch, wenigstens zur Legalität fortdauernd zu bestimmen, daß wir ihnen den Schmerz, der die illegale Handlung begleitet, als eine nothwendige Folge nach Naturgesetzen vorstellig machen, und hiedurch den Gedanken in ihnen zu erwecken suchen, daß jener Schmerz, den ihnen ein freyes Wesen zufügt, eine eben so nothwendige Naturfolge böser Handlungen sey, als z. B. der Schmerz des Verbren-

nens, wenn das Kind seine Hand in das Feuer streckt. Eine jede seiner unsittlichen Handlungen begleiten wir daher, wenn wir consequent sind, mit Züchtigungen, und dieses giebt denn endlich den Schein, als wenn die Handlung selbst nothwendiger und zureichender Grund des Uebels sey, das Kind daher durch die Züchtigung gestraft werde. Eine andere noch wichtigere Ursache von jener Analogie ist folgende. Wir haben bei der Erziehung nicht blos den Zweck, unsern Zögling zu legalen und äußerlich gesetzmäßigen Handlungen zu bewegen, sondern ihn auch in der That sittlich zu machen: und dies ist zugleich der Zweck, den wir bei der Züchtigung, als einem Mittel der Erziehung, zu erreichen suchen. Wir sehen daher, indem wir züchtigen, nicht blos auf die äußere Gesetzwidrigkeit seiner Handlung, sondern auch auf die Immoralität seiner Gesinnung und wenden das Uebel nur dann an, wenn wir gefunden zu haben glauben, daß die Handlung wirklich unmoralisch, das heißt, aus Freiheit und mit dem Bewußtseyn der Pflicht begangen worden sey. Weil nun, nach der Idee von Glückswürdigkeit und Unwürdigkeit, mit der Immoralität ein sinnliches Uebel nothwendig verbunden ist, so nennen wir die Züchtigung, nicht als Züchtigung, sondern in

in so ferne sie nach moralischen Begriffen zugleich als nothwendige Folge der Immoralität betrachtet wird, eine Strafe. — Dies sind die Ursachen, warum wir oft in dem gemeinen Leben auch das Züchtigungsübel eine Strafe nennen. Aber die Wissenschaft darf hievon keinen Gebrauch machen, wenn sie nicht durch die Verwechselung dieser Begriffe für sich selbst den größten Nachtheil bereiten will.

Die Strafe ist 2) unterschieden von der Sicherung oder Vertheidigung. Diese besteht in der Beschränkung der Freiheit des andern, um eine Beschränkung der Freiheit (Rechtsverletzung) von uns abzuhalten. Sie zerfällt a) in die Vertheidigung im engern Sinn, durch welche ich den andern verhindere eine angefangene Beleidigung fortzusetzen und zu vollenden; b) in die Prävention, durch welche ich einen andern verhindere, eine zukünftige Beleidigung anzufangen. Niemand sagt, daß ich denjenigen bestrafe, welchem ich, um seine Beleidigungen abzuwehren, ein Uebel zufüge. A. geht mit gezücktem Dolche auf mich los: ich vertheidige mich und tödte ihn. Ich habe mich vertheidigt; aber nicht gestraft. Eben so wenig nennt man es

Strafe, wenn ich einem Menschen, der zu einer Beleidigung Zurüstungen macht und von dem ich weiß, daß sie mich treffen werden, durch Gewalt zuvorkomme und ihn etwa in das Gefängniß werfe, um vor ihm sicher zu seyn. Ich bin durch Gewalt seiner Gewalt zuvorgekommen, aber ich habe nicht gestraft. Diese Prävention ist aber auch dann nicht Strafe, wenn die Gefahr zukünftiger Beleidigungen durch eine schon vollendete Beleidigung begründet ist und das Uebel nur darum zugefügt wird, um diesen zukünftigen Beleidigungen zuvor zu kommen *). Die meisten unserer neuesten Rechtslehrer setzen in diesen Zwang das Wesen der Strafe **). Aber ohne schon

*) „Eine Strafe im rechtlichen Verstande, sagt Maas sehr richtig, ist ein Uebel, welches ich jemanden zufüge, weil er mich beleidigt hat. — So ferne ich jemanden ein Uebel zufüge, um dadurch eine noch zukünftige Beleidigung zu verhindern, so ist das keine Strafe, sondern eine Prävention, und das Recht dazu, steht mir nicht zu, vermöge der bereits geschehenen, sondern vermöge der zu besorgenden zukünftigen Beleidigung." Maas über Rechte und Verb. S. 80—81.

**) „Poena nihil aliud est, nisi vis, quae eo consilio delictum committere volenti infertur, ut ipse hanc voluntatem mutet." *Stübel* Dissert. *de justitia poenarum capitalium* etc. (Vitemb. 1795.) S. 11.

schon hier zu erwägen, daß das Recht zu einer solchen Prävention gar nicht erwiesen werden kann, wer sieht nicht, daß hier die Vertheidigung mit der Strafe verwechselt werde? Die begangene Handlung selbst ist, nach allen Begriffen, der Grund und das Object der Strafe. Hier aber sind die zukünftigen Handlungen der Grund des Uebels, und die vollendete Beleidigung kommt bei demselben nur darum und in so weit in Betrachtung, als sie, wie bei der Züchtigung, Gelegenheitsursache und Erkenntnißgrund für die Anwendung des Uebels ist, als daraus die bevorstehende Gefahr zukünftiger Beleidigungen erkannt wird und dieß ein Grund ist, dem Beleidiger zuvorzukommen. Die Vertheidiger dieser Theorie sagen kein Wort zur Rechtfertigung ihres Begriffs. Sie deduciren das Recht einem Beleidiger, wegen der Handlungen, die er für die Zukunft androht, durch ein Uebel zuvorzukommen: und daraus folgt freilich, wenn es anders mit der Deduction seine Richtigkeit hat, daß der Beleidigte ein solches Recht habe; aber doch noch keineswegs, daß dieses Recht ein Strafrecht; dieses Uebel ein Strafübel sey. Wie wäre auch diese Rechtfertigung möglich? diese müßte doch wohl auf obige Art geführt werden; und da findet sich denn nicht das

geringste, was einem solchen Begriff auch nur einigermaßen das Wort zu reden vermögte.

Wie sich die Vertheidigung von der Strafe unterscheide, haben wir schon gesehen. Von der Züchtigung unterscheidet sie sich dadurch, daß sie nur negative Bestimmung des Begehrens zu bewirken sucht, während die Züchtigung nicht blos eine negative, sondern zugleich eine positive Bestimmung desselben zum Zweck hat. Die Vertheidigung und Prävention soll blos bewirken daß eine rechtswidrige Handlung nicht geschehe; die Züchtigung soll nicht blos von gesetzwidrigen Handlungen abhalten, sondern auch zu gesetzmäßigen bestimmen *).

Dies

*) Herr Schaumann giebt dieß für eine Art der Züchtigung aus und tauft es Rüge, während er das, was wir zur Prävention rechnen, Strafe nennt, die ebenfalls eine Art der Züchtigung seyn soll. Zwang zur Zurechtweisung der Willkühr, sagt er, heißt Züchtigung Die Zurechtweisung ist entweder eine positive oder eine negative, jenes wenn sie die Willkühr zum conträren, dieses, wenn sie dieselbe zum contradictorischen Gegentheil eines Strebens zu bestimmen sucht. Jenes ist nun die Rüge (weil dadurch die Willkühr angeregt wird!) dieses aber, nemlich die Züchtigung

Dies sind die wichtigsten Unterschiede der Strafe von andern angrenzenden Begriffen. Die noch übrigen Unterscheidungen können wir am schicklichsten bei der Auseinandersetzung des Begriffs von bürgerlicher Strafe beibringen. Nun aber wollen wir von unserm Gattungsbegriff Gebrauch machen und zu der Bestimmung des Begriffs von bürgerlicher Strafe übergehen. Die Nominalerklärung derselben ist leicht gefunden. Bürgerliche Strafe ist diejenige, welche von der bürgerlichen Gesellschaft (der höchsten Gewalt) den Bürgern zugefügt wird. Allein mit dieser Bestimmung haben wir nur wenig gewonnen. Sie sagt uns zwar wer das Subject und wer das Object derselben sey; dadurch wird aber die Natur dieser Strafe selbst nicht näher bestimmt und sie muß doch ausser den Gattungsmerkmalen noch besondere wesentliche Prädicate haben, wenn sie eine eigenthümliche Art der Strafe seyn soll. Durch den Sprachgebrauch können wir uns hierüber nicht belehren und zwar aus dem sehr einfachen Grunde nicht, weil

tigung zur Abschreckung, Strafe. S. dessen kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre. (Halle 1795.) Abh. XII. §. 3—10.

weil mit der Frage nach dem Begriff der bürgerlichen Strafe, zugleich eine Rechtsfrage verbunden ist. Genau betrachtet heißt nemlich die Frage: was ist die Natur der bürgerlichen Strafe? so: wie muß das Uebel beschaffen seyn, das die bürgerliche Gesellschaft als Strafe zufügen kann? oder mit andern Worten, wie ist es dem Staate möglich, zu strafen, um einer schon begangenen rechtswidrigen Handlung willen Uebel zuzufügen? denn daß die bürgerliche Strafe blos in der begangenen Handlung ihren Grund haben müsse, ist daher klar, weil sie eine Strafe seyn soll. Die Natur und die Rechte des Staats selbst müssen uns also jene Frage beantworten.

Die erste Art von Strafe, welche wir unter Strafe überhaupt enthalten finden, ist die moralische Strafe. Sie ist ganz das, was Möser für den allgemeinen Begriff von Strafe hält und besteht in einem Uebel, welches wegen einer Verletzung innerer Gesetze nach moralischen Principien einem Subjecte zugefügt wird. Bei der moralischen Strafe ist also 1) der Grund der Zufügung des Uebels die Verletzung der Pflicht, die Immoralität, der Widerspruch des Subjects gegen das Gesetz der Sitten. Die

Strafe

Strafe wird darum zugefügt, blos weil der Mensch die Gesetze der Tugend, die er beobachten sollte, nicht beobachtet hat, seine Gesinnung nicht diesem Gesetze und seine Handlung nicht einer moralischen Gesinnung gemäß ist; 2) die Principien, nach welchen die Strafe zugefügt wird, sind moralische Principien, und diese sind keine andere, als die Idee von der Harmonie des Glücks mit der Glückswürdigkeit. Wir haben schon gezeigt (und in der practischen Philosophie wird ausführlicher davon gesprochen) daß diese Idee eine nothwendige Idee der Vernunft sey, die mit dem Bewußtseyn der Pflichtmäßigkeit oder Pflichtwidrigkeit unzertrennlich verbunden ist. Das Uebel soll mit dem Laster, das Glück soll mit der Tugend in Harmonie stehen; und wo wir dies nicht wirklich finden, da regt sich in uns das deutliche Gefühl eines Widerspruchs, über den wir uns nur dadurch beruhigen können, daß doch wenigstens einst dieser Mißklang aufhören werde. In einer moralischen Ordnung muß daher Glücksunwürdigkeit mit dem Uebel in Harmonie stehen, muß der Grad des Glücks dem Grade der Immoralität angemessen seyn. Und diese Ordnung nun sucht die moralische Strafe, welche

durch

durch diese Principien bestimmt wird, hervorzubringen.

Zur vollständigen Deutlichkeit des hier gesagten und für unsre ganze Revision ist aber die Bemerkung wichtig 1) daß die Idee von der Harmonie zwischen dem Glück und der Glückswürdigkeit eine blos moralische Idee ist, die lediglich auf das Gebiet der Moral und gar nicht in das Gebiet des Rechts, des äussern Forums, gehört, daß sie also blos eine moralische, nicht aber die rechtliche Ordnung bestimmt. Das höchste Princip für alles, was äusserlich recht ist, ist nur, daß die Freiheit eines jeden mit der Freiheit aller bestehe, daß jeder die freye Ausübung seines Rechts habe, und keiner die Rechte des andern beeinträchtige. Die rechtliche Ordnung besteht darinn, daß der wirkliche Zustand der Menschen, diesem nothwendigen Gesetze der Freiheit nicht widerspreche. Auf dem Gebiete des fori externi, in welchem alle Beurtheilung blos nach diesem äussern Gesetze geschieht, geht mithin alles nur auf das Bestehn, die Erhaltung und Wiedererhaltung der äussern vollkommenen Rechte. Alles andere liegt ausser den Grenzen einer rechtlichen Beurtheilung und ihr muß

daher

daher die Ausgleichung der Immoralität mit dem Glücke völlig gleichgültig seyn. Dies gehört für ein ganz anderes Forum, nemlich der Moral, die hierüber zu entscheiden hat. Daraus folgt denn zugleich 2) daß wo wir eine Beurtheilung nach dieser moralischen Idee voraussetzen, die Handlung, welche nach derselben beurtheilt wird, nur als eine Verletzung der innern moralischen Gesetze, nicht aber der äussern Rechtsgesetze betrachtet werden kann, und mithin die That nicht als Rechtsverletzung, sondern als immoralische Handlung bestraft wird. Eine Rechtsverletzung wird nemlich blos als Rechtsverletzung betrachtet, wenn bei ihr nur auf die äussere Handlung und auf den Widerspruch derselben mit dem (blos auf äussere Handlungen sich beziehenden) Gesetze der Gerechtigkeit gesehen wird; sie wird als Immoralität betrachtet, wenn bei ihr nicht blos auf das äussere der That, sondern auch auf die Gesinnung der Person, aus welcher sie entsprungen ist, und auf den Widerspruch derselben mit dem (unmittelbar auf die Gesinnung sich beziehenden) innern Gesetze der Sitten gesehen wird. Sobald daher die Idee von Glückswürdigkeit das Princip

für

für die Beurtheilung eines Strafübels ist, so wird auch die Rechtsverletzung nicht mehr als Gegenstand des Rechts, sondern als Gegenstand der Moral, nicht mehr als den äussern, sondern als den innern Gesetzen widersprechend betrachtet, und es muß mithin nicht mehr blos das illegale Factum, sondern zugleich die unmoralische Gesinnung, die sich durch die rechtswidrige Handlung offenbaret hat, beurtheilt werden. Denn jenes Princip ist ein moralisches Princip der Beurtheilung der Handlungen und muß daher auch die Handlungen, in so ferne sie Gegenstände der Moral sind, mithin in so ferne sie nach innern Gesetzen beurtheilt werden, betrachten. Das Gegentheil würde so viel heißen, als: diese Idee ist nicht blos moralisch, sondern auch rechtlich, welches der Voraussetzung widerspricht. Daß eine Handlung nach einer solchen Beurtheilung zugleich als Sünde betrachtet werde, ergibt sich von selbst. Denn der Begriff von Sünde wird nur durch die Beziehung der unmoralischen Handlung auf Gott als den Urheber der Sittengesetze bestimmt. Denken wir uns nun die innern Gesetze als Gesetze der Gottheit; so denken wir uns zugleich die Uebertretung derselben als eine Verletzung der göttlichen Gesetze, mithin als Sünde. —

Aus

Aus unsrer bisherigen Betrachtung ergiebt sich von selbst, daß die bürgerliche Strafe keine moralische Strafe seyn könne, und mithin von dem Staate, (so wie überhaupt von Niemanden, ausser der Gottheit), keine pflichtwidrige Handlung, blos weil sie pflichtwidrige Handlung ist, also um das Uebel mit dem Laster in Harmonie zu setzen, bestraft werden könne. Es ist freilich jene Idee in einer moralischen Ordnung der Dinge nothwendig bestimmt; nach einer sittlichen Beurtheilung ist Verminderung der Glückseligkeit eine nothwendige Folge der Pflichtwidrigkeit. Aber wie könnten wir uns den Staat als einen moralischen Richter denken? Wie kann er das Recht haben, diese moralische Ordnung auf der Welt zu realisiren und — in das Amt der göttlichen Gerechtigkeit einzugreifen? „Die moralische Strafe, sagt Heydenreich *) ganz richtig, kann zwischen Menschen und Menschen gar nicht statt finden; sie ist Gleichungsmittel zwischen Sittlichkeit und Glückseligkeit; sie erfordert Durchdringung der sittlichen Gesinnung des unmoralisch Handelnden, und

*) System des Naturrechts. Thl. 1. S. 189.

und die Fähigkeit die Grade der Immoralität mit Graden des Mangels an Glückseligkeit zusammenzumessen. Sie also kommt nur Gott als moralischem Weltregierer zu.“ Gleichwohl haben mehrere, besonders aber Jacob *) und Abicht **) diese wesentlichen Grenzen des menschlichen und göttlichen Strafrechts, der moralischen und der rechtlichen und bürgerlichen Strafe auf die sonderbarste Weise aufgehoben, indem sie ausdrücklich die Realisirung der sittlichen Ordnung zum Zwecke der rechtlichen Strafe machen und diese durch die sittliche Schuld bestimmen lassen. Ohne noch die Fehlschlüsse und sonderbaren Wendungen zu erwähnen, welcher sich die Vertheidiger dieser Theorie bedienen, werden folgende Gründe hinreichend seyn, um die Unmöglichkeit einer solchen bürgerlichen Strafe zu erweisen. 1) Die moralische Strafe gehört blos in das Gebiet der Moral, und kann schon darum von dem Staate nicht gebraucht werden, der blos nach äussern Gesetzen Hand-

*) Philosophische Rechtslehre. §. 306 ff. Vergl. meine Recension dieser Schrift, in der A L. Z.

**) Die Lehre von Belohnung und Strafe. II Bände. — Ein Buch das manche treffende Bemerkung enthält, aber im Ganzen weder für die Philosophie noch für das positive Recht als ein Gewinn zu betrachten ist.

Handlungen zu beurtheilen hat. 2) Die Strafe ist eine Art des Zwangsrechts überhaupt; es wird dadurch die Willkühr gegen die Neigung bestimmt; ein Zwang aber als eine Beschränkung der Freyheit kann gegen ein berechtigtes Subjekt nur dann angewendet werden, wenn ein Rechtsgrund zu demselben vorhanden ist; denn sonst ist dieser Zwang widerrechtlich, mithin Beleidigung. Welches ist nun der allgemeine Rechtsgrund, aus welchem der Staat seine Glieder zwingen kann? Er ist eine Gesellschaft zum Schutz der Rechte, und alle Rechte, die er besitzt, hat er nur um dieses Zwecks willen. Er hat zu keiner einzigen Handlung ein Recht, als welche sich auf diesen Zweck bezieht, durch welche die Sicherheit der Rechte möglich oder befördert wird. Folglich kann der Staat auch nur dann zu der Anwendung des Zwangs ein Recht haben, wenn durch denselben die Sicherheit oder die Ausübung von Rechten möglich wird. Was von dem Zwang überhaupt gilt, das gilt auch von der Strafe, als einer Art desselben. Nun aber liegt die Realisirung der sittlichen Ordnung ganz ausserhalb den Grenzen des Rechts; diese sittliche Ordnung zu befördern oder zu begründen ist weder ein Zweck des Staats (welcher blos in der rechtlichen Ordnung, dem

rechts

rechtlichen Zustande besteht) noch ein Mittel zu dem Zweck desselben. Mithin ist die moralische Strafe wirkliche Beleidigung, die der Staat an dem Beleidiger begeht. Daß die moralische Strafe auch kein Mittel zu dem Zweck des Staats seyn könne, wird sich wohl von selbst aus der Bemerkung ergeben, daß sie dem Zwecke des Staats widerspreche. Besteht das Strafrecht des Staats darinn, daß er nach jener moralischen Idee seine Bürger zwingt, so muß die Strafe um so geringer werden, je mehr Naturursachen zu der That bestimmen, je mehr innere und äussere Reitze zu dem Verbrechen vorhanden sind. Nun aber ist eine Person um so gefährlicher für den Staat, es sind um so häufiger und um so gewisser Rechtsverletzungen von derselben zu besorgen, je mehr und je stärkere sinnliche Triebfedern zur Hervorbringung von Rechtsverletzungen in ihm vorhanden sind. Es steigt also da die Gefahr für das Recht, wo die eigentliche moralische Häßlichkeit der That, die Schuld, verringert wird. Daher muß die moralische Strafe die Beleidigungen begünstigen und der sittlichen Ordnung die rechtliche aufopfern, weil sie jenen Triebfedern nicht gehörig widerstehen, ihnen kein überwiegendes Gegengewicht entgegen setzen kann.

3) Die moralische Strafe ist unmöglich, sobald wir uns einen Menschen, mithin ein beschränktes Vernunftwesen als das Subject der Ausübung derselben denken. Soll nemlich die moralische Strafe als möglich gedacht werden, so muß man voraussetzen a) daß der Grad der Pflichtwidrigkeit und Immoralität völlig bestimmt sey. Zu dieser Beurtheilung gehören aber Data, welche einem beschränkten Vernunftwesen gar nicht gegeben werden können. Der Grad der Immoralität wird durch die Gesinnung, oder, wie die Schule spricht, durch den intelligiblen Charakter des Menschen bestimmt. Dieses ist aber ein Gegenstand der übersinnlichen Welt, in die kein sterbliches Auge dringen kann. Niemand kann von sich selbst wissen, wie gut oder bös er sey, und in welchem Grade seine Handlungen dem Sittengesetze widersprechen. In dieser Rücksicht bleiben wir uns selbst ein ewiges, unauflösliches Räthsel; wie viel weniger kann ein anderer unser moralisches Verdienst und unsre Schuld beurtheilen! b) Es muß ein der Glücksunwürdigkeit völlig entsprechendes, mit ihr in genauer Proportion stehendes Uebel bestimmt werden. Aber wo ist uns hiezu der Maasstab der Beurtheilung gegeben? wo ist das Princip, nach welchem wir den Grad der Verminderung der

Glückseligkeit bestimmen, welche diesem oder jenem Grade der Glücksunwürdigkeit völlig angemessen ist? Ich kann wohl wissen, wie viel Uebel ich zufügen muß, um die gefährlichen Neigungen und Triebfedern des andern zu überwiegen. Denn dazu bietet mir die Erfahrung die Hand. Aber um die sittliche Schuld mit dem Uebel in Proportion zu setzen, dazu haben wir nirgends ein Princip, und es ist die lächerlichste Anmaßung, hievon auch nur die Möglichkeit zu träumen. — Nur von einem allwissenden Herzenskündiger, von dem unbeschränkten Vernunftwesen, das sich selbst, und die Natur, und den Menschen seinem innern Wesen nach erkennt, dürfen wir die Einführung dieser sittlichen Ordnung erwarten. Er nur ist moralischer, der Staat ist rechtlicher Richter; Er nur kann die Immoralität, der Staat kann blos die rechtswidrige Handlung bestrafen. Die rechtliche Ordnung soll der Staat durch Strafen zu befördern suchen; auf die sittliche können wir nur im Glauben hoffen. Möser *) sagt mit Recht von dieser moralischen Strafe: „ein solches Strafrecht wird sich doch wohl kein Mensch wider zen andern, kein Wesen wider ein Wesen von glei-

*) l. c. S. 91 und 92.

gleichem Range und Würde mit ihm anmaßen. Ich selbst habe nicht das Recht mich zu strafen, weil ich nicht ein Wesen von einer höhern Gattung, als ich, bin. Gott allein hat dies Recht: und die Rechte Gottes über mich kann ich so wenig selbst ausüben, als einem andern übertragen *)."

Haben

*) Einige glauben, daß auch Kant (Metaphysik des Rechts S. 195 ff.) die bürgerliche Strafe als eine moralische Vergeltung betrachte. Diese Meinung ist ihm aber offenbar untergeschoben; und wie könnte er auch dies behaupten, ohne sich selbst und allen seinen Begriffen von Moralität, Freiheit ꝛc. zu widersprechen? Möchten doch alle Interpreten dieses großen Mannes die Maxime beobachten, welche Lessing in seiner Dramaturgie in Beziehung auf Aristoteles anempfiehlt! Aber freilich — Kant scheint sich schon selbst überlebt zu haben! — Leibnitz hat die moralische Strafe vor Augen, wenn er sagt: haec justitia (sc. punitiva,) fundatur in sola convenientia, certam aliquam satisfactionem in expiationem actionis pravae exigente. — Fundata semper est in relatione quadam convenientiae, quae satisfacit non solum offenso, sed *etiam sapientibus; quem admodum elegans concentus musicus, aut egregium opus architectonicum mentibus non illiberalibus probatur. Dici quoque potest, certam quandam hic compensationem praestari menti, quem perturbatio ordinis offenderet; nisi punitio quid ad instaurandum ordinem conferret. Theodicée Pars I,* §. 23.

Haben wir aber nicht durch dieselben Gründe, mit welchen wir diese Theorie bestritten, auch die Unmöglichkeit der bürgerlichen Strafe, in dem Sinne des Worts Strafe, welchen wir ihm beigelegt haben, erwiesen? Kann es ausser der Pflichtwidrigkeit, verbunden mit der Idee von Glücksunwürdigkeit, auch noch einen andern Grund geben, der die begangene Handlung selbst zur hinreichenden Ursache des Strafübels machte? Wenn Strafe wirklich um der begangenen Handlung willen zugefügt werden soll, und die Verletzung der Pflicht nicht Grund der bürgerlichen Strafe seyn kann, würde dann nicht ein Uebel, das gleichwohl einem Verbrecher um seines Verbrechens willen zugefügt würde, etwas anders als Rache seyn? denn Rache ist ein, wegen einer Beleidigung einem vernünftigen Wesen, zugefügtes Uebel ohne rechtlichen Zweck *). Wer sich rächt, ver-

*) „Gegenwehr eines Beleidigten, unzweckmäßig angewandt, ist Rache!" Schmid Moral. 3te Aufl. p. 669. — Heydenreich in seinem Systeme des Naturrechts. Thl. 1. 187. sagt: Rache ist Zufügung eines Uebels an einem, der uns Uebel verursachte, wegen des aus dem ihm zuzufügenden Uebel entspringenden Vergnügens. Diese Bestimmung scheint mir zu eng. Richtiger bestimmt Hufeland (Lehrsätze des Natur-

verursacht Schmerzen, beschränkt die Freiheit des andern, nicht um des Rechts, sondern um der Selbstliebe willen, nicht um seine Freiheit dadurch zu schützen, sondern blos um durch den Zwang Schmerzen zuzufügen. Da nun jeder Zwang gegen ein vernünftiges Wesen einen rechtlichen Zweck haben muß, folgt hieraus nicht, daß die eigentliche Strafe für den Staat rechtlich unmöglich sey? „Wie läßt sich je behaupten, daß bis auf den heutigen Tag alle Menschen von Unsinn und Grausamkeit so besessen gewesen, daß sie ohne alle vernünftige Absicht einen Menschen blos strafen wollen, um ihn zu plagen? Beweißt es nicht die Geschichte aller Strafgesetze, und bringt es nicht die Natur aller Strafen, von welcher Art sie auch seyen, mit sich, daß sie verordnet werden, um diejenigen Handlungen zu verhüthen, auf welche die Strafe gesetzt ist, und jeden von deren Begehung abzuhalten *)?“

Daß

Naturrechts n. A. §. 179.) die Rache. Sie ist Zufügung eines Uebels, blos wegen einer begangenen Handlung, ohne weitern Zweck.

*) Gmelin (Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen S. 30.) der aber unrecht hat, wenn er dieß als Argument

gegen

Daß in einem Rechtsgrunde, und zwar in dem Recht der Sicherung, die bürgerliche Strafe ihren Grund haben müsse, ist vollkommen gewiß. Denn es kann kein Zwang, ohne um der Sicherung willen zugefügt werden, am wenigsten aber von dem Staat, dessen ganzes Daseyn lediglich auf den Schutz der vollkommenen Rechte sich bezieht. Gleichwohl soll die Strafe von der Vertheidigung und Präven tion unterschieden seyn, nach welcher das Zwangsübel nicht um der vergangenen, sondern lediglich um der zukünftigen Handlung willen zugefügt wird. Es entsteht also das Problem: das Recht zu einem Zwang zu finden, der in dem Vertheidigungsrecht gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung selbst verschieden ist. Das Strafübel selbst also, soll zunächst nur in Beziehung auf den Verbrecher, lediglich um seines Verbrechens willen, statt finden; der Grund aber, warum um des Verbrechens willen das Uebel zugefügt wird, soll in dem Sicherungsrechte liegen. Durch die Auflösung dieses Problems wür-

gegen die Meinung, daß die bürgerliche Strafe moralische Strafe sey, auffährt. Denn die moralische Strafe wird nicht ohne Grund (obgleich ohne rechtlichen Grund) zugefügt.

würden wir allen Foderungen Genüge leisten. Der Begriff von Strafe wäre in seinem ganzen Umfange vorhanden, und das Recht zu der Zufügung derselben, wäre gleichwohl durch den Zweck und die Rechte des Staats nothwendig begründet.

Der Zweck des Staats ist die wechselseitige Freiheit aller Bürger, oder, mit andern Worten, der Zustand, in welchem jeder seine Rechte völlig ausüben kann, und vor Beleidigungen sicher ist. Jede Beleidigung widerspricht daher der Natur und dem Zweck des bürgerlichen Vereins, und um dieses Zwecks willen ist es nothwendig, daß überhaupt keine Beleidigungen im Staate geschehen *). Es ist daher nun die Auf-

*) Sehr gut erklärt sich mein trefflicher Freund Beck hierüber in seinem Commentar über Kants Metaphysik der Sitten. 1. Thl. S. 450. „Das Princip der äussern Gesetzgebung ist: auf Uebertretung der Gesetze werden Strafen bestimmt, damit keine Verbrechen existiren. Wenn also ein Verbrechen bestraft wird, so fällt auf ihn die gesetzliche Folge seiner Handlung. Es ist also die Idee des bürgerlichen Zustandes und des obersten Rechtsprincips: einen solchen Mechanismus zu stiften, der das Rechtshandeln zur physischen Folge hat, aus welchem Strafgesetze fließen."

Aufgabe: ein Mittel ausfindig zu machen, durch welches Beleidigungen überhaupt verhütet werden können. In der Vertheidigung oder der Präven*tion ist dieses Mittel noch gar nicht gefunden. Denn durch diese wird der Staat nur gegen einen bestimmten Beleidiger gesichert; durch diese wird nur verhütet, daß ein gewisser bestimmter Beleidiger, von welchem neue Beleidigungen zu besorgen sind, seine Rechtverletzungen nicht begehe; aber hiedurch ist noch gar kein Damm gegen die gesetzlose Willkühr aller übrigen, die wenn auch nicht wahrscheinliche, doch mögliche Beleidiger sind, errichtet. — Physische Hindernisse den äussern physischen Kräften der Bürger entgegen zu setzen, und ihnen dadurch die Beleidigungen unmöglich zu machen, geht über die Rechte und — die Kräfte des Staats. Er kann doch nicht etwa alle Bürger an Ketten legen, um sie dadurch als rechtliche Bürger zu besitzen. Es muß daher durch das Begehrungsvermögen auf sie zu jenem Zwecke gewirkt werden; der Staat muß sich solcher Mittel bedienen, durch welche es den Bürgern psychologisch unmöglich wird, zu schaden; durch welche sie bestimmt werden, keine Rechtsverletzungen zu begehen, sich zu keiner zu entschliessen.

Der Grund aller rechtswidrigen Begehungen liegt in den Neigungen zu denselben, in den Triebfedern, welche in der sinnlichen Natur des Menschen liegen, und ihn zu Handlungen gegen die Gesetze fortreissen. Wo kein Hang zur Rechtsverletzung ist, kann auch keine Rechtsverletzung geschehen. Die erste Tendenz der Staatsgewalt muß daher darauf gerichtet seyn, daß die Bürger gar keine rechtswidrige Neigungen *) oder positiv ausgedrückt, daß sie bürgerliche Gesinnugen haben. Durch Gewalt und Zwang können diese bürgerlichen Gesinnungen nicht gegeben werden, dies ist nur durch Anstalten möglich, durch welche der Bürger zu diesen Gesinnungen erzogen wird. Die Policei macht diese Anstalten zum Hauptgeschäfte ihrer Wirksamkeit. Bürgerliche Erziehung, Aufklärung, Religion, Verbreitung der Mittel um glücklich zu leben ꝛc. das sind die mächtigsten Angeln, um welche sich die Policei bewegen muß, wenn sie die Hindernisse zur Erreichung des Staats aufheben, selbst die Neigungen des Bürgers

*) Ich bitte zu bemerken, daß ich nicht von unmoralischen, sondern rechtswidrigen Neigungen rede.

gers an den Staat knüpfen und das Privat-Interesse mit dem öffentlichen in eins verschmelzen will *).

Aber auf diesem Wege hat der Staat noch nicht sein Geschäft vollendet. Von der vielseitigen Natur des Menschen, die oft die klügsten Mittel vereitelt und aller Behandlung entschlüpft, läßt es sich durchaus nicht erwarten, daß er jenen Zweck bei allen erreichen werde. Auch bei den trefflichsten Einrichtungen des Staats, welche er in dieser Rücksicht trifft, werden noch Zahllose übrig seyn, deren Gemüth sich allen wohlthätigen Eindrücken entzogen hat, und der öffentlichen Sicherheit mehr oder weniger gefährlich bleibt. Um alles durch dieses Mittel zu erreichen, müßte auf jeden Einzelnen besonders gewirkt werden, weil in jedem die menschliche Natur anders modificirt ist. Und wie könnte ein endlicher Verstand alle die einzelnen Mittel aus dem bodenlosen Meere der Erfahrung schöpfen, welche diesen eigenthümlichen Modificationen des menschlichen Geistes angemessen sind?

Die

*) S. von Sonnenfels Grundsätze der Policei Thl. I. — *Servin de la legislation crim.* p. 14—25.

Die zweite Sorge des Staats, welche durch den Gesellschaftszweck nothwendig gemacht wird, geht daher dahin, daß wer unbürgerliche (rechtswidrige) Neigungen hat, psychologisch verhindert werde, sich nach diesen Neigungen wirklich zu bestimmen. Die Neigungen sollen also nicht in Handlungen übergehen; die Bürger sollen verhindert werden, zu rechtswidrigen Zwecken, so sehr sie auch dazu den Hang und die Lust haben mögen, ihr Begehren zu determiniren: sie sollen wider Willen und Neigung zur Begehrung der gesetzmäßigen Handlung bestimmt werden. Wie ist aber dieses möglich? wo sind die Gesetze des menschlichen Geistes, welche diese Möglichkeit begründen? Der Grund und die Triebfeder alles Begehrens gesetzwidriger Handlungen, liegt in der Lust an der Handlung selbst und in der Unlust über das nicht befriedigte Bedürfniß, von welchem das Streben nach diesem Object der Lust begleitet ist. Dieß ist der Grund alles unsers sinnlichen Begehrens und aller Bestimmung der Willkühr. Ohne das Streben nach Lust und Glückseligkeit kann kein solches Begehren zu Stande kommen und der Mensch wäre ein unbeweglicher toder Klotz, der weder dächte noch handelte, wenn diese Triebfeder des Begehrens mangelte.

gelte. Es scheint daher, als wenn es unmöglich wäre, ein Subject wider sein sinnliches Begehren zu einer Handlung zu bestimmen. Allein es zeigen sich da zwei Media, wie ein Begehren auch gegen die Neigung zu Stande kommen kann. Das eine ist die Freiheit, das unbedingte Vermögen in dem Menschen, sich wider alle Antriebe der Sinnlichkeit, aus eigner Kraft gegen diese Neigung für die Pflicht zu bestimmen. Dieses Vermögen kann aber von dem Staat zu seinem Zweck nicht benutzt werden. Denn es liegt schon in seinem Begriffe, daß es aller Einwirkung von Naturursachen, mithin auch allem äussern Zwange entzogen ist. Niemand kann auf des Andern Freiheit wirken, niemand einen Andern bestimmen, daß er sich seiner Freiheit bediene. Bestimmt er ihn wirklich durch Einwirkung auf ihn, so ist dieses eben ein Beweis, daß sich dieser nicht durch Freiheit bestimmt habe. Niemand ist frei, als durch sich selbst; niemand kann frei werden, als durch eigne Kraft. Es bleibt daher dem Staate kein anderes Mittel übrig, als durch die Sinnlichkeit selbst auf die Sinnlichkeit zu wirken, und die Neigung durch entgegengesetzte Neigung, die sinnliche Triebfeder zur That durch eine andere sinnliche Trieb-

feder aufzuheben. Wie dieß möglich sey, läßt sich sogleich begreifen. Der Mensch strebt nach einer bestimmten Lust, weil er überhaupt nach Lust verlangt; er entflieht einem bestimmten Schmerz, weil er überhaupt die Unlust, als seiner Natur widersprechend, fliehen muß. Er versagt sich daher eine geringere Lust, wenn er eine größere damit einkaufen kann; er erträgt eine geringere Unlust, wenn er einen größern Schmerz dadurch vermeidet. Die Unlust über die Nichtbefriedigung eines Bedürfnisses (welche das Begehrungsvermögen zu der Handlung bestimmt, aus welcher die Lust entspringt) reitzt ihn daher zwar an, dieser Unlust zu entgehen und das Bedürfnis zu befriedigen; aber ein größerer Schmerz, durch welchen die Handlung bedingt ist, giebt seinem Begehren eine entgegengesetzte Richtung, indem er nun zur Triebfeder des Begehrens wird, und dem Subject die überwiegende Neigung giebt, ihm zu entgehen, und darum die Handlung, welche er begleitet, zu unterlassen. Die Uebertretungen werden daher verhindert, wenn jeder Bürger gewiß weis, daß auf die Uebertretungen ein größeres Uebel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses

nisses nach der Handlung (als einem Object der Lust) entspringt. Denn diese Ueberzeugung wirkt dem Grunde alles rechtswidrigen Begehrens geradezu entgegen, hebt ihn auf, zerstört ihn, und macht es eben darum unmöglich, daß die gesetzwidrige Triebfeder das wirkliche Handeln bestimme. Die Sinnlichkeit wird gleichsam durch sich selbst gewonnen und überwunden, und aus demselben Grunde, aus welchem sie sich für die That bestimmen wollte, wird sie bestimmt, dieselbe zu fliehen.

Wodurch wird aber nun diese Ueberzeugung bewirkt? Viele Rechtslehrer erkennen den Obersatz unserer Untersuchung an; nemlich daß die Absicht der bürgerlichen Strafe (man erlaube mir schon jetzt dieses Wort zu gebrauchen) keine andere seyn könne, als Verbrechen überhaupt zu verhüten; folgern aber nun daraus, daß der Staat den Verbrechern Uebel zufügen müsse, um durch die Vorstellung der Zufügung derselben Andere von dem Verbrechen abzuschrecken. So folgert unter andern Gmelin *). „Der Verbrecher, sagt er, muß die Strafe leiden, damit

An-

*) l. c. S. 35.

Andere in der Vorstellung dieser Leiden einen hinlänglichen Beweggrund finden, von ähnlichen Verbrechen abzustehen, und thöricht ist es, solche Leiden eine Grausamkeit zu nennen.“ Dies ist überhaupt die Vorstellungsart aller, welche in der Abschreckung Anderer den Zweck der Strafe suchen. Allein 1) durch die bloße Zufügung eines Uebels, welche auf das Verbrechen folgt, wird noch gar nicht bei den Bürgern die gewisse Ueberzeugung bewirkt, daß auf jede Uebertretung ein solches Uebel folgen werde; es ist mithin dies kein Mittel, durch welches Verbrechen überhaupt verhütet werden können. Die Bürger erfahren dadurch nur, daß Verbrechen bestraft werden, daß sie oft bestraft werden, daß sie gewöhnlich bestraft werden; aber sie erhalten doch nicht die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Verknüpfung des Uebels mit dem Verbrechen, sie wissen dadurch noch nicht, daß die Strafe eine rechtlich-nothwendige Folge der Uebertretung sey, und diese, ohne die rechtliche Ordnung zu zerstören, nicht ohne jenes seyn könne. Sie erhalten daher dadurch allein noch keine gewisse Ueberzeugung; in der Vorstellung dieser Uebel ist mithin auch noch nicht der vollständige Grund zur Unterlassung des Verbrechens. 2) Gesetzt auch die

bloße

bloße Vorstellung von der wirklichen Strafe einzelner Verbrecher wäre ein vollgültiger psychologischer Grund zur Abschreckung Anderer von ähnlichen Verbrechen; ist denn jener psychologische Grund zugleich ein Rechtsgrund? Wie kann es ein Recht geben, einem Menschen blos darum ein Uebel zuzufügen, weil dieser ihm zugefügte Schmerz dem Staate nützlich ist? Dies heißt einen Menschen als eine Sache behandeln und — auch der Verbrecher ist Mensch. „Richterliche Strafe (poena forensis) kann niemals blos als ein Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie blos als Mittel zu den Absichten eines andern gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angebohrne Persönlichkeit schützt *).

Das Mittel, durch welches jene Ueberzeugung bewirkt werden soll, muß daher 1) ein solches seyn,

*) Kant metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. S. 196.

seyn, das die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Verknüpfung des Uebels mit dem Verbrechen enthält, 2) das den Rechten des Menschen, als einer Person, nicht widerspricht.

Hieraus folgt denn, daß die Verknüpfung des Uebels mit dem Verbrechen durch ein Gesetz angedroht seyn müsse. Das Gesetz ist allgemein und nothwendig: es spricht zu allen Bürgern, droht jedem, der sich des Verbrechens schuldig macht, die Strafe, und stellt diese Strafe, eben weil es ein Gesetz ist, als eine rechtlich-nothwendige Folge des Verbrechens dar. Wer diese Handlung thut, soll diese Strafe leiden; niemand der sie thut, darf der Strafe entgehen. Strafe und Verbrechen sind durch einander bedingt: niemand kann das Eine ohne das Andere wollen; niemand zu der gesetzwidrigen That sich bestimmen, ohne dem damit verknüpften Uebel sich zu unterwerfen. Der Zweck des Gesetzes und der in demselben enthaltenen Drohung, ist daher Abschreckung von der mit dem Uebel bedingten That. Daß der Staat zu der Androhung dieses Uebels berechtigt sey, bedarf keines Beweises. Niemandes Rechte werden dadurch gekränkt; weil das Uebel

nur auf den Fall der Verletzung der Rechte gesetzt ist.

Aber mit dieser gesetzlichen Drohung allein ist noch nicht alles gethan. Sie bestimmt zwar die absolute rechtliche Nothwendigkeit der Strafe; aber nach dieser rechtlichen Nothwendigkeit muß auch wirklich gehandelt werden. Das in dem Gesetz gedrohte Uebel muß auch überall eintreten, sobald die Beleidigung, welche es voraussetzt, wirklich vorhanden ist. Denn die gesetzliche Drohung soll den Willen bestimmen, dieses kann sie aber nicht, wenn sie nicht eine Drohung künftiger, nicht nur rechtlich-nothwendiger, sondern auch wirklich eintretender Uebel ist. In diesem Falle wäre sie eine leere Drohung, die niemand Furcht erwecken, mithin auch nicht Triebfeder zur Bestimmung des Begehrens seyn könnte. Das Gesetz würde daher sich selbst widersprechen und so gut wie gar nicht vorhanden seyn. Damit nun also die Drohung des Gesetzes eine wirkliche Drohung sey; so muß sie, wenn der bedingte Fall eintritt, wirklich ausgeführt, das Uebel wirklich vollzogen werden. Ubi sapiens legislator, sagt *Leibnitz* *), minatus est, ad con-

stan-

*) *Theodicee, P. 1, §. 23.*

stantiam ejus pertinet, actionem non relinquere impunitam, etiamsi poena nemini ultra corrigendo utilis foret; — quamvis sapiens, nihil nisi quod convenit, promittat. Und *Servin* **) nachdem er von der Milde des Antonin und Marc-Aurel geredet hat, spricht vortreflich über diesen Punkt gegen Isäus, der es für eine nothwendige Maxime des Gesetzgebers ausgab, die Strafen zu drohen, ohne sie zu vollziehen. „Cet homme aurait du voire, que dans une bonne legislation il est essentiel, que le peuple sache toujours sur quoi compter, et que la peine soit infligée exactement telle, qu'elle est prononcée par la loi. Il aurait du savoir, que la vraie loi criminelle d'une nation est celui qui est executée, et non celle, qui se contenterait menacer infructueusement; que les deux bons Empereurs romains, dont on vient de parler, changoient la loi en effet, quoique en apparence elle resta toujours la même; enfin que c'est une absurdité palpable que de dire, que les loix doivent être d'une facon et leur exécution d'une autre."

Es

**) *De la legislation criminelle.* p. 43.

Es ist also weder allein die gesetzliche Androhung, noch allein die wirkliche Zufügung eines Uebels wegen begangener Verbrechen, welche als Triebfeder zur Ueberwindung der zu Verbrechen determinirenden Triebfedern wirken kann. Beide müssen sich zu diesem Zwecke vereinigen. Das Gesetz muß die Vorstellung von der Nothwendigkeit des Uebels; die Befolgung des Gesetzes die Vorstellung von der Wirklichkeit desselben geben; das Gesetz enthält die Drohung, die Ausübung des Gesetzes giebt der Drohung Wirksamkeit; das Gesetz bestimmt, daß die Verknüpfung des Uebels mit einer Rechtsverletzung, eine rechtlich-nothwendige Verknüpfung sey, die Execution aber, daß diese rechtliche Ordnung nicht blos idealisch, sondern real, die Drohung des Gesetzes nicht eine Scheindrohung, sondern eine wirkliche Drohung sey.

Wir haben nun zwar den Grund der politischen Nothwendigkeit der wirklichen Zufügung des angedrohten Uebels gefunden; aber wir haben noch nicht auf die Frage geantwortet: welches der Rechtsgrund zur Execution des Uebels sey? Denn etwas anders ist es doch ein Uebel androhen, etwas anders das angedrohte Uebel wirklich vollziehen,

ziehen: der Rechtsgrund für jenes ist noch gar nicht der Rechtsgrund für dieses. Durch die Androhung wird niemandes Freiheit beschränkt; aber wohl durch die wirkliche Ausführung derselben.

Jeder, der das vollkommene Recht hat zu fodern, daß der Andere Handlungen völlig unterlasse, hat das vollkommene Recht die Begehung dieser Handlungen willkührlich zu bedingen, d. h. was immer eine Bestimmung festzusetzen, ohne welche diese Handlung nicht geschehen kann. Ich habe das vollkommene Recht von einem jeden zu fodern, daß er nicht mein Zimmer betrete; ich kann daher auch gewisse Bedingungen festsetzen, ohne deren Erfüllung, dieses von niemand geschehen kann. Der Staat hat daher auch das vollkommene Recht, rechtswidrige Handlungen durch sinnliche Uebel zu bedingen: und dieß thut er wirklich, wenn er eine Handlung mit gesetzlichen Drohungen verfolgt. Er verknüpft das Leiden A nothwendig mit der Handlung B, und dieß heißt eben so viel, als A ist die Bedingung von B und B die Bedingung von A. Das eine kann nicht statt finden, ohne das andere. Das Uebel kann nicht verhängt werden, ohne das Verbrechen;

das

das Verbrechen kann nicht begangen werden, ohne daß man sich der Strafe unterziehe. Die Einwilligung in das rechtlich Bedingte schließt nun aber zugleich die Einwilligung in die rechtliche Bedingung in sich; ohne das eine kann das andere rechtlich nicht gedacht werden, nach den eben angegebenen Gründen. Denn der andere hat das Recht, die Handlung mit dieser Bedingung zu verknüpfen; ich muß mich daher entweder der Bedingung unterwerfen, oder ich muß die Handlung unterlassen. Thue ich gleichwohl die That, so berechtige ich den andern, mich als dieser Bedingung unterworfen zu behandeln; berechtige also, durch das Verbrechen, den Staat, die gedrohte Strafe zu vollziehen *).

Wenn nun ein solches Uebel wirklich zugefügt wird, so ist 1) die begangene Handlung selbst wirklicher und zureichender Rechtsgrund des Uebels. Es wird zugefügt blos um des Verbrechens willen; weil ein solcher Mensch das Gesetz verletzt hat, und eine Verletzung des Gesetzes, welche durch ein solches Uebel bedingt war, nach Rechtsprincipien ein zureichender Grund ist, um ihn

*) S. Meinen Anti-Hobbes. Th. 1. Kap. 5.

ihn das Uebel wirklich leiden zu lassen. So wie in der moralischen Welt Verminderung der Glückseligkeit mit der Immoralität, nach der Idee von Glückswürdigkeit, nothwendig verbunden ist; so ist es auch unter der Voraussetzung eines solchen drohenden Gesetzes, nach einer rechtlichen Ordnung nothwendig, daß auf das Verbrechen das Uebel folge. Um zu wissen, daß ein Mensch jenes Uebel verdiene, brauche ich nur zu wissen, daß er ein solches Gesetz übertreten hat; keinesweges aber: ob und daß er noch künftig Rechte verletzen werde? Denn das Gesetz sagt kategorisch: das Verbrechen soll mit dem Uebel verknüpft seyn; es ist daher nothwendig und nach einer rechtlichen Ordnung an dasselbe geknüpft. Die Existenz des Verbrechens, als die Voraussetzung, ist der nothwendige gesetzliche Grund des Uebels *) und darum ist dieses wirklich eine

Strafe.

*) Man kann also nicht gerade zu, wie Klein, Hoffbauer und andere Naturrechtslehrer sagen: daß die Strafe ein mit einer rechtswidrigen Handlung verknüpftes willkührliches Uebel sey. Nur in so fern ist die Strafe willkührlich, als sie zu ihrem Daseyn die positive Erklärung der Willkühr des Gesetzgebers voraussetzt: aber sie ist nothwendig, in so ferne sie durch das Gesetz wirklich bestimmt ist, und nach demselben exequirt werden soll.

Strafe. 2) Diese Strafe ist eine bürgerliche Strafe. Denn a) sie ist durch den Staatszweck nothwendig; b) der Staat ist dazu vollkommen berechtigt.

Der Begriff der bürgerlichen Strafe wäre also folgender: sie ist ein vom Staate, wegen einer begangenen Rechtsverletzung zugefügtes, durch ein Strafgesetz vorher angedrohtes sinnliches Uebel *).

Was wäre nun aber wohl der Zweck der bürgerlichen Strafe? Die Antwort liegt schon in unserer vorhergehenden Untersuchung. Aber um Mißverständnisse zu verhüten, ist es nothwendig, noch besonders darauf aufmerksam zu machen. Man muß hiebei zwei Fragen, die hier gewöhnlich mit einander verwechselt werden, wohl von einander unterscheiden; nemlich 1) welches ist der Zweck der Androhung der Strafe? und 2) welches ist der Zweck der Zufügung derselben? — Der Zweck

der

*) Warum der Begriff erst nach der Untersuchung aufgestellt werde, wird jeder aufmerksame Leser, der die Natur dieser Art Untersuchungen kennt, wohl von selbst einsehen.

der Androhung ist kein anderer als Abschrekkung von allen Beleidigungen, Bestimmung der Willkühr gegen den Antrieb zu Verbrechen, durch die Vorstellung, der Strafe, mit welcher das Strafgesetz die Handlung bedingt hat. Der Zweck der Zufügung ist kein anderer, als daß dem Gesetz Genüge geschehe, die Gerechtigkeit befriedigt werde, und dadurch das Gesetz nicht mit sich in Widerspruch gerathe. Schon Cäsar *) unterscheidet sehr richtig diese beiden Rücksichten, und meine Vorstellungsart ist in so ferne nicht neu, ob ich sie gleich auf meinem eigenen Wege und unabhängig vom Cäsar, als das einzige Rettungsmittel aus dem Labyrinth, in das uns die gewöhnlichen Theorien verwickeln, gefunden habe. „Die Frage nach dem Zweck des Staats, sagt er, zerfällt in folgende zwei andere: Erstens, in welcher Absicht droht der gerechte Oberherr die Strafen an? Zweitens, in welcher Absicht fügt er sie dem Uebertreter seiner Gesetze wirklich zu? — Das Gut, welches der Oberherr durch Androhung der Strafe wirklich zu machen, hoffen

*) In seinen Denkwürdigkeiten aus der philosophischen Welt. Bd. IV. Abh 6. und in seiner Uebersetzung von *Valazé* in den Zusätzen. No. II. S. 59—113.

hoffen kann, ist das, daß durch die in dem Gemüth seines Unterworfenen erzeugte Furcht vor den schmerzlichen Folgen sein Gesetz beobachtet und hierdurch das Gute erhalten werde, um dessentwillen das Gesetz gegeben ist. — Durch die Vollstreckung aber, daß er die schon durch Androhung erregte Furcht selbst noch stärker und lebhafter, und den Uebertreter in der Abschreckung von einer nochmaligen Uebertretung erhält *)." Daß Herr Cäsar bei dem Zweck der Vollstreckung einen andern Gesichtspunkt fasse, als ich, springt von selbst in die Augen. Er bezieht den Zweck der Execution auf dem Verbrecher selbst, während er sich nur auf das Strafgesetz, auf die in demselben enthaltene, auf alle Bürger sich erstreckende Drohung beziehen kann. Nach der entgegengesetzten Vorstellungsart zerstört man die Natur der Strafe, und behandelt sie zum Theil als Prävention oder als Züchtigung **).

In

*) Uebers. v. Val. *l. c.* S. 65—67.

**) Auf die nothwendige Unterscheidung zwischen dem Zwecke der Androhung und dem Zwecke der Exekution der Strafe habe ich schon in meinem Anti-Hobbes oder über die Grenzen des bürgerlichen

In wie ferne man sagen könne, der Zweck der Strafe sey Besserung, Abschreckung und Prävention, ergiebt sich aus einer auch nur flüchtigen Betrachtung der vorgetragenen Theorie. Sie ist Besserung, nicht in so ferne als die Strafe exequirt wird, sondern in so ferne sie angedroht wird. Denn durch diese Drohung soll der Wille zum lichen Gehorsams gedrungen, und es freut mich sehr, daß, wie ich sehe, Herr Klein in dem zweiten Stück des ersten Bandes von dem Archive des Criminalrechts, vollständig meine Vorstellungsart angenommen hat. „Man unterscheide sorgfältig, heißt es S. 42. die beiden Handlungen der Staatsgewalt 1) die, vermöge deren sie die Strafe droht, und 2) die, vermöge deren sie die Strafe vollzieht. Die erste Handlung geschieht zum Besten des Verbrechers selbst; auch zu seinem Schutze wird das Gesetz gegeben; und es ist lediglich seine Schuld, daß ihn das Uebel trifft. Bei der zweiten Handlung der Staatsgewalt scheint es zwar, als ob die exemplarisch Bestraften, Mittel zum Zweck anderer würden, welche dadurch von ähnlichen Handlungen abgeschreckt werden sollen. Allein diese zweite Handlung ist eine nothwendige Folge der ersten. Der Richter muß die Strafe vollziehen, weil sie der Gesetzgeber bestimmt, und dieser durfte sie bestimmen, weil sie zum Schutz der Rechte aller, mit Einschluß des Verbrechers gereichte. Die Gerechtigkeit des Strafgesetzes gründet sich auf das Präventionsrecht, und die Vollziehung desselben auf die Pflicht des Richters das Gesetz zu befolgen."

zum Bessern, zur Gesetzmäßigkeit, gewendet werden. Er ist Abschreckung; aber nur in Beziehung auf das Strafgesetz, welches eine gesetzwidrige Handlung mit Strafen bedingt und durch Furcht den Willen zu bestimmen sucht. Die Execution der Strafe soll nur mittelbar Abschreckung wirken, in so ferne sie die gesetzliche Drohung als Drohung möglich macht. Der Zweck der Strafe ist endlich Prävention; aber ebenfalls nicht durch die Execution, sondern durch die Androhung, in so ferne diese dem Verbrechen zuvorkommt, und durch Abschreckung aller möglichen Verbrecher (nicht eines bestimmten Beleidigers) Sicherheit der Rechte zu bewirken sucht. Unsere Theorie stimmt also mit den andern Vorstellungsarten überein, und vereinigt das Wahre derselben in sich. Diese nehmen insgesammt nur einen falschen und einseitigen Gesichtspunkt und gerathen auf gefährliche Abwege, indem sie die Execution und Androhung der Strafe verwechseln, und was nur von dieser gelten kann, von jener behaupten. Daraus kann man denn auch beurtheilen, was für einen Werth man dem Spruch des *Seneca* *): Nemo prudens punit, quia peccatum

*) *De clementia. c.* 16.

catum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur, beizulegen habe. Dieser Spruch, den unsere Criminalisten so oft für ihre Theorien anführen, ist, eine so schöne Wahrheit er auch enthält, doch nur in gewisser Rücksicht wahr; so wie er in anderm Betracht ganz falsch ist. Sieht man auf die Execution der Strafe, so ist er durchaus falsch. Diese findet nicht darum statt, ne peccetur, sondern allein *quia peccatum est.* Versteht man ihn von der Drohung der Strafe, so ist er völlig wahr. Denn nicht um begangene Beleidigungen zu hindern (quia praeterita revocari non possunt), sondern um zukünftige unmöglich zu machen, wird das Strafgesetz gegeben. —

Man bemerke aber, daß ich hier immer nur von dem wesentlichen Zweck der Strafe geredet habe, (welches ich auch nur allein durfte) keineswegs aber von den zufälligen Absichten, die noch damit verbunden werden können. Der Staat soll und darf die Strafe so einrichten, daß auch die bloße Zufügung derselben unmittelbar Furcht und bleibenden Eindruck in den Gemüthern anderer erwecke. Er soll daher nicht insgeheim, sondern öffentlich

die

die Strafe vollziehen lassen *) und soll alles entfernen, was den Eindruck derselben schwächen oder zerstören kann. So ist er auch berechtigt und verpflichtet, zugleich durch weise Anstalten die Strafe zur Besserung des Verbrechers (wenn auch nicht zur moralischen, doch zur rechtlichen Besserung) zu leiten. Seine Zuchthäuser dürfen nicht eine Schule der Verbrechen seyn, welche der Gestrafte als ein Gefallener betritt und als heilloser Bösewicht wieder verläßt, wodurch man ein Verbrechen bestraft, um dafür tausende wieder bestrafen zu können. Durch Absonderung der Verbrecher, durch Menschlichkeit und sittliche Belehrung, muß der Saame des Lasters erstickt, sein mittheilendes Gift in seiner Wirksamkeit gehindert, und wo möglich statt des Verbrechers, wenn auch nicht ein guter Mensch, doch ein rechtlicher

Bürger

*) Es scheint mir nichts als Sophisterei zu seyn, wenn Rusch in seiner Untersuchung über die Wirksamkeit der öffentlichen Vollziehung der Strafen, geradezu das Gegentheil behauptet, und die geheime Execution allein für wirksam hält. Auch dürfte der sinnreiche Einfall eines neuern Schriftstellers, daß man die Lebensstrafe nicht öffentlich exequiren dürfe, weil der Staat hiedurch seine Nothdurft verrichte — wenigstens als Philosophen nicht befriedigend seyn.

Bürger dem Staate wieder gegeben werden. — Aber man vergesse doch ja nicht, daß hier der Staat nicht in seiner strafenden Gewalt erscheint; daß hier die Policei, nicht die Strafgerechtigkeit wirksam ist, und daß es nicht als Zweck der Strafe betrachtet werden kann, sondern allein ein Mittel ist, durch welches ausser der Befriedigung der Strafgerechtigkeit, auch noch andere wohlthätige Zwecke des Staats erreicht werden sollen.

Aus der Natur der bürgerlichen Strafe ergeben sich übrigens folgende Rechtssätze als Corollarien:

1) Bürgerliche Strafe kann nur aus und nach einem Strafgesetze verhängt werden. In dem Strafgesetz und in der Uebertretung desselben durch die That liegt der einzige Grund zu der Zufügung des bürgerlichen Strafübels. Wo also gar kein Gesetz ist, da ist auch keine bürgerliche Strafe: wo das vorhandene Gesetz nicht anwendbar ist, da ist keine Strafe anwendbar. *) Ein vorhandenes Gesetz ist nicht an-

*) Hieraus folgt aber gar nicht, daß es keine unbestimmten Strafgesetze geben könne. Denn in diesen wird auch eine Strafe angedroht, ob sie gleich nicht specifisch bestimmt ist.

anwendbar, wenn die Bedingungen, an welche die Strafe als rechtliche Folge geknüpft ist, entweder gar nicht vorhanden, oder nicht erwiesen sind. Denn die Strafe ist nicht unbedingt festgesetzt, sondern sie ist an das Verbrechen als eine Bedingung geknüpft. Es giebt daher keine ausserordentliche Strafe bey unvollkommenen Beweis. Ein unvollkommener Beweis besteht in solchen Gründen für die Existenz des Verbrechens, welche nicht alle die Eigenschaften haben, die ein Gesetz zur vollkommenen Gewißheit erfordert. Da nun Strafe schlechterdings nach dem Gesetz erkannt werden muß; und eine Strafe nur nach dem Gesetz erkannt werden kann, wenn die Voraussetzung, die der rechtliche Grund der Strafe seyn soll, vorhanden ist; durch einen unvollkommenen Beweis aber, die Existenz jener Bedingung nicht festgesetzt ist; so folgt auch, daß das Strafgesetz bey unvollkommenem Beweis der Voraussetzung nicht statt finden, mithin auch keine Strafe erkannt werden könne. *) Allein der Staat hat nicht bloß das Recht zu strafen, sondern auch das Recht sich zu sichern. Da nun bei unvollkommenen

*) Kleinschrod Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte. 1 Thl. Nr. 1.

menem Beweis Gründe der Wahrscheinlichkeit vorhanden sind, daß ein Verbrechen begangen worden; so hat er auch das Recht, Anstalten zu treffen, durch die er seine Rechte vor der Gefahr künftiger Verbrechen, welche das begangene Verbrechen begründet, sicher stellen kann. Wie weit sich aber dieses Sicherungsrecht des Staats bei unvollkommenem Beweis erstrecke? ist eine andere Frage, welche auser den Grenzen gegenwärtiger Untersuchung liegt.

2) Der Staat kann nur Rechtsverletzungen, und zwar als solche bestrafen. Der Grund der strafenden Gewalt ist die Sicherung vollkommener Rechte. Es kann also die Verletzung unvollkommener Pflichten von dem Staate nicht bestraft werden. Aber auch die Rechtsverletzungen selbst können in zwiefacher Hinsicht betrachtet werden, nemlich als Verletzung des innern (Tugend-) Gesetzes der Gerechtigkeit und als Verletzung des äussern Rechtsgesetzes. In der ersten Rücksicht ist die Verletzung des Rechts eine Pflichtwidrigkeit, in der letzten Rücksicht, eine Rechtswidrigkeit; in der ersten eine Immoralität, in der letzten ein Verbrechen. Aus dem ersten Grunde folgt daher zugleich, daß die

bürgerliche Strafe eine That nur als Verbrechen bestrafen könne. Es ist nicht das Pflichtwidrige und Sündige, sondern allein die Gefährlichkeit und Schädlichkeit der That, (für den rechtlichen Zustand) welche der Staat bestraft. Dies ist das characteristische Unterscheidungsmerkmal zwischen der bürgerlichen und moralischen, zwischen der weltlichen und göttlichen Strafe.

Der Begriff der bürgerlichen Strafe bestimmt, ausser diesen Rechtssätzen, zugleich folgende wesentliche Unterschiede derselben von andern verwandt scheinenden Begriffen desselben:

1) Die bürgerliche Strafe ist unterschieden von der Rache. Diese ist ein, ohne einen rechtlichen Grund zugefügtes Uebel; die Strafe hat in der Uebertretung des Gesetzes einen hinreichenden rechtlichen Grund. Es ist daher Rache und nicht Strafe, wenn der Staat, ohne daß ein Gesetz vorhanden ist, einem Beleidigten ein Uebel zufügt. Tullus Hostilius läßt wegen Verrätherei den Mettus Suffetius mit Pferden zerreissen *). Niemand bediene sich dieses Beispiels, um

*) *Liv* I, 38. *Dionys. Hal.* L. II. p. m. 238.

um dadurch das Straffystem der Römer unter den Königen zu vervollständigen. Dies ist ein Beispiel der Rache und nicht der Strafe. Es war kein Strafgesetz vorhanden, und wer wird wohl hier von einem Recht der Sicherung reden wollen?

2) Die bürgerliche Strafe ist unterschieden von der bürgerlichen Sicherung. Jene wird zugefügt um des Gesetzes willen; diese geschieht um künftige Beleidigungen zu verhüten *). Sie unterscheidet sich

3)

*) Mehrere Beispiele von der Anwendung des bürgerlichen Sicherungsrechts (es ist aber noch sehr zu bezweifeln, ob es sich bis auf die Zufügung eines wirklichen Uebels ausdehnen läßt) liefern Kleins Rechtssprüche der hallischen Juristenfacultät I. II. und III. Band. Man vergleiche über diesen Unterschied *Malblanc comm. de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu civili probe distinguendis Alt.* (ohne Jahrzahl) auch in *Plitts Analectis jur. crim.* nr. 2. p. 44. und Kleinschrods Abhandlungen aus dem peinlichen Recht und peinlichen Processe. I. Thl. No. 1. Allein Malblanc unterscheidet durch ganz willkührliche Merkmale die Strafe (die ihm doch auch Prävention ist) von dieser Sicherung, und Kleinschrod scheint mir offenbar sich selbst zu widersprechen, indem er Vertheidiger der Präs

3) Von der Privatstrafe. Diese wird nur abusive Strafe genannt; sie ist eine Art des Schadenersatzes, und wird nicht von dem Staate, sondern von Privatpersonen gefodert. Man denke an die Natur der poena dupli, quadrupli etc. in dem System des römischen Rechts.

4) Von dem Zwange zum Schadenersatz. Durch ihn soll der Beleidigte ein Aequivalent für das, was ihm durch die Beleidigung entzogen worden ist, erhalten: durch die Strafe soll bewirkt werden, daß keine Beleidigung existire. Der Schadenersatz soll die Beleidigung ungeschehen machen; die Strafe soll alle Beleidigung unmöglich machen. Das Subject des Rechts zum Schadenersatz sind Privatpersonen (und selbst der Staat ist nur als Privatperson zu betrachten, sobald er dieses Recht ausübt); das Subject des Strafrechts ist der Staat, als solcher, die höchste Gewalt, als solche; — der unmittelbare Zweck der Strafe ist Sicherung Aller; der unmittelbare Zweck des Schadenersatzes, die Wie-

vention stheorie ist, und gleichwohl ein Sicherungsübel vor künftigen Verbrechen von dem Strafübel unterscheidet.

Wiederherstellung der Rechtsobjecte des Einzelnen.

Wie lächerlich daher, wenn selbst Philosophen diesen so offenbaren Unterschied übersehen, und, so Gott will, uns beweisen, daß auch der Schadenersatz zum Wesen und zum Zweck der Strafe gehöre. Zu diesen rechne ich besonders Globig und Huster *) welche uns jene Behauptung folgendermaßen erörtern: „Die natürliche Billigkeit erfordert es, daß der Unschuldige sich seines Verlustes erhole, und weil die Menschen sich vereinigt haben, um dieser Entschädigung gewiß zu seyn. Ja selbst bei bürgerlichen Verträgen ist der aus bloßer Nachläßigkeit herrührende Schade zu ersetzen; wie viel mehr also bei dem Verbrechen.“ Man kann noch mehr sagen als die Verfasser dieser Preißschrift. Nicht blos die natürliche Billigkeit, sondern sogar das Recht fodert es, daß der Beleidigte von dem Verbrecher entschädigt werde. Durch die Strafe wird blos das Recht des Staats befriedigt, aber nicht das

Recht

*) Abhandlung von der Criminalgesetzgebung (Zürch 1783.) S. 51. Eben dieses behauptet auch *Lud. Jassoy Diss. sistens jus poenae mortis ejusque congruam applicationem.* (Gies. 1792.) p. 22.

Recht des Beleidigten *). Was folgt aber weiter daraus, als daß mit der Strafe der Schadenersatz noch verbunden werden müsse, und man nicht nach der Parömie, durch den Tod zugleich dem Richter wette und dem Kläger büße **)? — Wer mag aber wohl daraus schlie-

*) Bei Todesstrafen will *Carpzov Quaest. crim. 80. N. III.* die Verbindlichkeit zum Schadenersatz nicht anerkennen. Aber aus welchen Gründen! *Cf. Boehmer ad Carpzov* Q 80. Obs. 10.

**) Diese Parömie des I. P. S. Lib. II. art. 35. heißt nach ihrem wahren Sinn nur so viel, daß, wer zum Tode verdammt ist, dem Beleidigten kein Wehrgeld (die bei den alten Teutschen gewöhnliche Privatstrafe) und dem Richter die zu den damaligen Zeiten eingeführte Geldstrafe (Wette im engern Sinne) zu bezahlen schuldig sey. Auf Schadenersatz durfte bei allen dem der beleidigte Theil gegen die Erben des Hingerichteten klagen. Allein aus Unkunde der alten Rechte hat man jener Redensart den Sinn beigelegt, als wenn sie den Verbrecher auch sogar von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz befreite, und in diesem Sinne hat sie sich bis auf die neuern Zeiten in Sachsen erhalten. Cf. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprichwörtern, herausg. von E. L. A. Eisenhart, (Leipz. 1792.) S. 499. ff.

schliessen, daß Schadensersatz zur Natur der Strafe gehöre *)?

5) Die Strafe ist unterschieden von der rechtlichen Nichtigkeit der Handlung. Nichtig im rechtlichen Sinne ist eine Handlung, welche keine rechtliche Wirkungen hervorbringt, mithin in dem äussern Forum so gut als nicht vorhanden betrachtet wird. So ist nach bürgerlichem Rechte die Bürgschaft eines Weibes für ihren Mann, so ist ein Testament ohne sieben Zeugen, oder in welchem ein suus haeres päterirt ist, nichtig. Der Staat erklärt diese Nichtigkeit darum, weil aus der rechtlichen Gültigkeit derselben, Nachtheile für das Recht entstehen würden. Diese Nichtigkeit ist daher kein Uebel zur Abschreckung von der Handlung selbst; ob sie gleich indirecte wenigstens von der Handlung abhalten muß. Denn wer die Absicht hat, ein rechtliches Geschäft, das eben darum auch rechtliche Folgen haben soll, zu unternehmen, wird es unter den mit der Nichtig-

*) Man sehe auch *Meister principia juris criminalis.* Sect. II. P. I. §. 28. — Schon ältere Schriftsteller unterscheiden genau den Schadenersatz von der Stafe cf. *Hochstetter de jure poenarum.* (Tub. 1710.) §. 3.

tigkeit belegten Bestimmungen nicht thun können, wenn er nicht seiner eigenen Absicht widersprechen will. Diese Nichtigkeit ist übrigens auch schon darum keine Strafe, weil keine rechtswidrige Handlung sie begründet. Jeder hat das vollkommene Recht, ein Testament ohne die gesetzlichen Solemnien aufzurichten. Der Staat hat ihm dieß nicht verboten, und seine Handlung für eine Rechtsverletzung erklärt. Von dem Staat darf er nur nicht fordern, daß er sein Testament als einen rechtsgültigen letzten Willen anerkenne. Sehr richtig setzt daher Klein *) den nichtigen Handlungen die unerlaubten entgegen, wenn er sagt: „Richtig ist die Handlung, wenn ihr die rechtlichen Wirkungen mangeln, die das Gesetz mit seiner Beobachtung verbunden hat; unerlaubt, in so fern das Gesetz die Unternehmung oder Vollziehung desselben verhindern will.“ Eine Handlung kann daher auch verboten seyn, wenn sie gleich rechtlich gültig ist; kann bestraft werden, wenn sie gleich ihre rechtlichen Wirkungen äußert. Eine Ehe gegen den Willen des Vaters eingegangen, ist bürgerlich strafbar, aber sie

*) Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 1.

sie ist gleichwohl gültig. Die Lex Claudia verbot übermäßige Schenkungen, hob aber doch die Rechte und Verbindlichkeiten aus denselben nicht auf *).

*) *cf. Grotius de I. B. et P. L. II. C. V. §. 16.* und *Cocceji* ad h, l.

An-

Anhang
zu dem vorhergehenden Kapitel.

Ueber die Sicherung und die Abschreckung, als unmittelbarer Zweck der Execution der Strafe.

Der Gedankengang, durch welchen ich zu dem Begriffe der bürgerlichen Strafe gelangte, war kürzlich folgender: Die Strafe überhaupt ist, wie sich aus dem Sprachgebrauche ergiebt, ein sinnliches Uebel, das um einer vorhergegangenen Uebertretung willen einer Person zugefügt wird. Soll daher der Staat wirklich ein Recht zur Strafe haben, so muß es einen Rechtsgrund geben, aus welchem ein Uebel mit einer Uebertretung nothwendig verknüpt ist. Die Pflichtwidrigkeit der Handlung kann dieser Grund nicht seyn;

seyn; denn hieraus entspringt nur die moralische Strafe, welche von dem Staate nicht angewendet werden kann. Die bürgerliche Strafe muß daher ein Zwang seyn, der in dem Vertheidiguugsrecht gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung selbst verschieden ist. — Der Staatszweck bestimmt die Nothwendigkeit, daß überhaupt keine Beleidigungen geschehen. Es muß daher, nach der Natur des Begehrungsvermögens, ein Mittel geben, durch welches die Antriebe zu gesetzwidrigen Handlungen überwunden werden, und dies ist kein anderes als die Ueberzeugung, daß die Uebertretung nothwendig mit einem Uebel begleitet ist, welches größer ist als die Unlust wegen des nichtbefriedigenden Bedürfnisses zur That. Es ist daher nothwendig 1) daß durch ein Gesetz, ein solches Uebel angedroht und 2) wenn die Voraussetzung existirt, wirklich exequirt werde. Ein solches Uebel nun ist die bürgerliche Strafe, weil in ihr alle Eigenschaften einer Strafe überhaupt zu finden sind, und die Natur der bürgerlichen Gesellschaft ihre Nothwendigkeit begründet.

Ob sich in diesem Gange irgend ein προτον ψευδος finde? ob sein Resultat alle Forderungen befriedige? dies mögen andere beurtheilen. Es

sey mir nur erlaubt (und diese Erlaubniß nehme ich mir gewöhnlich bei allen meinen Untersuchungen) auch auf die entgegengesetzten Theorien einen Blick zu werfen, und meine eigne Ueberzeugung durch die Irrthümer der entgegengesetzten Meinung zu bestätigen.

Es ist hier nicht der Ort, alle Theorien über das Strafrecht, den rechtlichen Grund und den Zweck der Strafe, einer Prüfung zu unterwerfen. Ein solches Unternehmen übersteigt bei weitem die Grenzen dieses Versuchs, und ist um so überflüßiger, da ich theils selbst schon vieles anticipirt habe, theils aber mehrere Vorstellungsarten zu unbedeutend, zu unfruchtbar und zu veraltet sind, als daß sie eine besondere Aufmerksamkeit verdienten *). Nur über diejenigen Theorien will ich mich

*) Ausser der Vertheidigung und der Abschreckung hat man noch als Zwecke der Strafe vertheidigt 1) die Besserung des Verbrechers, welche aber, wenn man rechtliche Besserung darunter versteht, schon in der Prävention enthalten ist; den Schadenersatz; 3) die Genugthuung des Beleidigten, durch das dem Beleidiger zugefügte Uebel, so daß der Staat das Werkzeug der Rache ist; 4) Die Vergeltung des Uebels mit dem Bösen, also die moralische Genugthuung. Seit man die einzelnen Zwecke und Gründe der Strafen bestritten hatte

mich daher erklären, welche noch jetzt von Bedeutung sind und auf die Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts selbst einen wichtigen Einfluß behaupten. Zu diesen rechne ich nur zwei, die eine, welche das Vertheidigungsrecht mit dem Strafrecht für eins und dasselbe hält, und diejenige, welche den Zweck der Strafe in unmittelbare Abschreckung setzt.

Die

hatte, glaubte man es am gerathensten mehrere Zwecke mit einander zu verbinden, entweder als Nebenzwecke der Strafe oder als Hauptzwecke. So macht Michaelis in seiner Vorrede zu seinem Mosaischen Recht Thl VI. zu Nebenzwecken der Strafe 1) die Ausrottung oder Entfernung des Gefährlichen; 2) Besserung des Bestraften; Rache des Beleidigten Einige verbinden als Hauptzwecke 1) das Beispiel für andere; 2) Sicherstellung des Beleidigten; 3) Besserung des Verbrechers; wie Hommel in seinen Anmerkungen zu Beccaria § 2. und der ungenannte Verfasser des Buch: Vom Geiste der peinlichen Gesetze (Hamburg 1777.) S. 8. — *Leyser Sp. 649. m. 1.* glaubt am sichersten zu gehen, wenn er sechs Zwecke der Strafe annimmt. „Sunt iili 1) satisfactio laesi, 2) pensatio mali, cum malo, 3) emendatio malefici, 4) detractio virium nocendi, 5) terror aliorum, b) *incrementum aerarii* aut alia reip utilitas. Sehr philosophisch! und sehr practisch zugleich, besonders was das *incrementum aerarii* betrifft!

Die erste Theorie, welche ich nicht unschicklich Präventionstheorie genannt habe, hat die scharfsinnigsten Rechtslehrer und Philosophen zu Vertheidigern, Wieland, Schall, Runde, Stübel, Kleinschrod, Grolman, Möser, in gewisser Rücksicht auch Klein, und den ungenannten Verfasser der Schrift: zur Minderung des menschlichen Elends. Keine ist scheinbar so befriedigend und in der That so unbefriedigend; so blendend beim ersten Anblick und dabei so schwankend in ihren Folgerungen, wie sie. Ich habe hierüber meine Ueberzeugungen schon an einem andern Orte *) niedergelegt, und hole hier nur das nach, was ich dort übergangen habe.

Das wichtigste, was hier in Betrachtung kommt, ist dieses, daß ein Präventionsrecht, so wie es von den Vertheidigern dieser Theorie aufgestellt ist, durchaus keinen rechtlichen Grund auf-

zu-

*) Ist Sicherung vor dem Verbrecher Zweck der Strafe und ist Präventionsrecht Strafrecht? in (Grolmans) Bibliothek für das peinliche Recht. 1. Theil. 2. Stück, No. 1.

zuweisen hat *). In dem begangenen Verbrechen, behaupten die Vertheidiger, ist der Grund einer Drohung zu künftigen Verbrechen enthalten. „Denn der Verbrecher giebt durch seine Handlung zu erkennen, daß er sich nicht als vernünftiges Wesen, zur Heilighaltung unserer Rechte bestimme, sondern vielmehr nach der Regel der Lust sich bestimmen lasse, und diese seine subjective Maxime, selbst auf Kosten des Gesetzes, durchzusetzen suche. Eben weil er dieses durch das begangene Verbrechen zu erkennen giebt, so ist es bei ihm nicht blos möglich, wie bei jedem Menschen, daß er unsre Rechte auch in Zukunft verletzen werde, sondern dieses ist höchst wahrscheinlich, da wenn auch durch das Recht zur Entschädigung der gestiftete Schaden aufgehoben wird, dennoch es offenbar sehr zu fürchten bleibt, daß der zur Befriedigung seiner sinnlichen Lust einmal gestimmte Mensch durch dieselbe noch durch nichts

*) Ich widerlege mich durch diese Widerlegung selbst, da ich sowohl in jener Abhandlung in Grolmans Bibliothek, als auch in mehrern Recensionen der Allg. Lit. Zeit. noch ein solches Präventionsrecht, obgleich nicht als Strafrecht in Schutz genommen habe. Bessere Ueberzeugung nöthigt mich, diese Meinung zu widerrufen.

nichts aufgehobene Neigung, welche ihn zur Begehung des Verbrechens reitzte, auch zur Wiederholung desselben aufgefordert werde *)." Diese Vorstellungsart hat sogar auf den Begriff von einem Verbrechen selbst Einfluß. Denn so sagt *Claus* **) delictum est actio, quae civitati permittit, ab ejus auctore injurium timere sibi inferendam.

Es ist allerdings nicht zu läugnen, daß unter die Rechte des Menschen aus Beleidigungen, auch das Recht der Zuvorkommung gehöre. Ich habe das Recht meine Rechte zu realisiren; und darf daher eben so wohl eine bevorstehende Beleidigung (d. h. eine solche, welche noch nicht geschehen oder angefangen ist, von der ich aber weiß, daß sie geschehen wird) durch Gewalt von mir abhal.en, als ich eine gegenwärtige, schon begonnene Beleidigung durch meine physischen Kräfte zurückzutreiben berechtigt bin ***). Sollte aber

*) Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 13.

**) Diss. *de natura delictorum* (Jenae 1794) §. 10.

***) S. Ferguson Grundsätze der Moralphilosophie von Garve. S. 169. *Achenwall jus naturae. ed 6ta.* §. 270.

aber wohl eine begangene Beleidigung Grund der Präveńtion seyn? sollte die durch sie begründete Gefahr künftiger neuer Beleidigungen ein Grund seyn, dieses Präventionsrecht auszuüben?

Daß das Verbrechen keine Gewißheit für die zukünftigen Beleidigungen gebe, gestehen die Vertheidiger dieser Theorie von selbst ein. Daraus daß dieser Mensch schon einmal das Gesetz der Sinnlichkeit untergeordnet hat, läßt sich ein Hang, eine Anlage zu Uebertretungen vermuthen, und dieser Hang ist nach Datis der Erfahrung Ursache von mehrern Uebertretungen. Mehr als eine Wahrscheinlichkeit der Wiederholung ist also nicht vorhanden. Der Mensch ist berüchtigt und verdächtig; aber nichts weiter. Höchstwahrscheinlich, wie H. Grolman sagt, sind die künftigen Beleidigungen nicht immer. Die Wahrscheinlichkeit, die dadurch begründet wird, hat ihre Grade; und durch jene Behauptung widerspricht sich H. Grolman selbst. Denn die Größe der Strafe soll ja nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit der Gefahr bestimmt werden. Ist also die Wahrscheinlichkeit dieser Gefahr immer die höchste, so müßte auch immer der höchste Grad der Strafe statt finden, welches

absurd ist. Daß aus dieser Wahrscheinlichkeit, sie sey auch von welcher Art sie wolle, für den Beleidigten Rechte entspringen, läugne ich keineswegs. Er darf den Beleidiger näher beobachten, darf andere zu einer ähnlichen Beobachtung auffodern, darf endlich solche Anstalten treffen, durch welche dieser Verdächtige verhindert wird, seine gefürchteten Beleidigungen, wenn er sie wirklich ausüben wollte, auszuführen; darf ihn also als einen Ehrlosen behandeln und hat das Recht zu allen den Handlungen, welche ihm vorher, wegen der noch bestehenden äussern Ehre des Andern, rechtlich unmöglich waren. Denn nichts weiter ist die äussere Ehre, als der gute Name, die Anerkennung der Rechtlichkeit, welche in der Achtung der Rechtsgesetze besteht, und eben dadurch durch jede äusserlich ungerechte Handlung aufgehoben wird *). Aber eine ganz andere Frage ist es: ob wegen jener künftigen Beleidigun-

*) Daß das Recht auf die äussere Ehre, welche der Gegenstand der Injurie ist, blos in dem Recht auf den guten Namen bestehe; daß alles übrige nur hieraus abgeleitet werden müsse, und daß dadurch die ganze Lehre von Injurien in das hellste Licht gesetzt werde; davon hoffe ich zu einer andern Zeit, die Leser völlig überzeugen zu können.

gungen auch ein wirklicher Zwang gegen jenen bürgerlich Ehrlosen angewendet werden darf? ob also in Beziehung auf jene künftigen Beleidigungen das Präventionsrecht, im eigentlichen Sinne des Worts begründet ist?

Das Präventionsrecht ist ein Zwangsrecht, und der Grund desselben sind andere Rechte, zu deren Ausübung der Zwang die Bedingung ist. Denn nur in meiner eignen Freiheit liegt der Grund zu der Beschränkung der Freiheit anderer: nur darum darf ich andere wider ihren Willen bestimmen, weil ohne diese Bestimmung ich selbst in meiner Persönlichkeit nicht bestehen würde *). Wo jener Grund nicht vorhanden ist, da ist auch das Zwangsrecht nicht vorhanden, und wo ich ein Zwangsrecht ausüben will, da muß ich gewiß überzeugt seyn, daß jener Rechtsgrund desselben vorhanden sey. Denn da die Existenz eines Rechts lediglich durch seinen Rechtsgrund bestimmt wird, so muß das Recht mit dem Rechtsgrunde selbst stehen oder fallen und die Behauptung: wir dürfen das Recht ausüben, wenn wir auch nicht gewiß wissen, ob sein Rechtsgrund existire, würde keinen

*) S. Meine Kritik des natürlichen Rechts. (Altona 1796.) S. 296 — 298.

keinen andern Sinn haben, als: wir dürfen uns solcher Rechte bedienen, von denen wir nicht gewiß wissen, ob wir sie haben; eine Absurdität, über die es keine größere geben kann. Ein wahrscheinlicher Rechtsgrund giebt daher auch nur ein wahrscheinliches Recht; und ein gewisses Recht, ein wahrscheinliches Recht auszuüben, ist ein Recht widerrechtlich zu handeln. Wann ist nun aber der Rechtsgrund der Zwangsrechte für uns wirklich vorhanden? wann ist der Zwang die Bedingung zur Ausübung des Rechts? Offenbar nur dann 1) wenn wir von dem Daseyn des Rechts gewiß überzeugt sind, 2) wenn wir gewiß wissen, daß der widerrechtliche Zwang eines vernünftigen Wesens, der Ausübung dieses Rechts entgegen stehe. Denn der Zwang ist ja nur als die Bedingung der Ausübung der Rechte möglich; und er ist nur dann die Bedingung, wenn ohne ihn die Ausübung der Rechte unmöglich wäre, also die physischen Kräfte des andern unsere Wirksamkeit innerhalb der Sphäre unserer rechtlichen Freiheit beschränken. Es mangele daher die eine oder die andere von jenen Bedingungen, es sey das erste oder das letzte ungewiß; so ist auch die Möglichkeit der Ausübung des Zwangsrechts

uns

ungewiß, so muß also auch dieses Zwangsrecht selbst für den vorliegenden Fall nicht begründet, und darum jede Ausübung desselben den Grundsätzen der Gerechtigkeit widersprechend seyn. Das letzte ist nun der Fall in der gegenwärtigen Voraussetzung. Das vollendete Verbrechen ist zwar gewiß, aber die zukünftigen Verbrechen, die jenes droht, sind nur wahrscheinlich: das Recht des Staats nicht beleidigt zu werden, ist alles andere gleichgesetzt, unzweifelhaft, aber daß diese Beleidigungen bevorstehen, ist ungewiß und beruht blos auf Gründen der Muthmaßung und Wahrscheinlichkeit. Wer kann es mit Zuverläßigkeit wissen, daß sie wirklich werden begangen werden? wer kann die volle Ueberzeugung haben, daß der einzige Grund aller Zwangsrechte vorhanden sey? wer kann also in Beziehung auf diese wahrscheinlichen Beleidigungen das Recht haben, eines vernünftigen Wesens Freiheit zu beschränken, einer blos vermutheten Rechsverletzung zuvorzukommen und sich zu einer Handlung ein Recht anzumaßen, von der man doch selbst eingestehen muß, daß der Rechtsgrund derselben nur wahrscheinlich und aus Mußmaßung angenommen sey *)? — Quis

hoc

*) S. Meine *Diss. de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis.* (Jen. 1799.) S. 15. sqq.

hoc statuit unquam, aut cui concedi sine summo omnium periculo potest, ut eum jure potuerit occidere, a quo metuisse se dicat, ne ipse posterius occideretur, ſagt Cicero *). Und wirklich empört ſich auch der gemeine Verſtand, ſobald er ſich dieſe Theorie in ihrer ganzen Allgemeinheit denkt. Der Verdacht ſoll der Grund ſeyn, aus welchem man ein vernünftiges Weſen in ſeiner Freiheit beſchränkt, aus welchem man es ſeiner edelſten Güter, aus welchem man es ſeines Lebens beraubt. Denn mehr als ein Verdächtiger iſt derjenige nicht, von dem man blos aus Gründen der Wahrſcheinlichkeit Verbrechen erwartet. — Und wenn dieſe Theorie wahr iſt, wenn der Grund, warum man einen Verbrecher beſtraft, nur in den wahrſcheinlichen Verbrechen beruht, warum ſoll man nicht auch den zu beſtrafen, oder (wenn man etwa dieſes Wort nur für jenen Fall aufbewahren will) demjenigen zuvorzukommen das Recht haben, der zwar noch kein Verbrechen begangen hat, für deſſen Gefährlichkeit aber andere Gründe vorhanden ſind? Begangene Verbrechen ſind doch wohl nicht allein Gründe der Wahrſcheinlichkeit von künftigen Uebertretungen?

*) Bei *Quintilian. Inst. or. L. V. c. 13.*

gen? sie sind doch wohl nicht allein Erkenntniß-gründe für die Unterordnung des Gesetzes unter die Sinnlichkeit? Niemand hat noch dies behauptet und niemand kann es behaupten. Nun denn! so wollen wir consequent seyn, und aus jenen Principien dreist die Behauptung folgern, daß der Staat das Recht habe, alle seine verdächtigen Bürger aufzugreiffen, und sie aus Gründen der moralischen Prävention, ein wenig zu brandmarken, oder, wenn die Gefahr gar zu groß ist, ihr Leben der künftigen Sicherheit aufzuopfern. Der Staat thut nicht das geringste mehr oder weniger, als er thut, wenn er einen wirklichen Verbrecher nach der Präventionstheorie bestraft. Hier quält er ihn wegen der künftigen Gefahr, die ihm das Verbrechen beweist; dort ebenfalls wegen der künftigen Gefahr, die er aus andern Gründen erkennt. Denn wodurch ihm die Wahrscheinlichkeit gegeben werde, ob durch eine begangene Beleidigung oder nicht; dies ist der Gerechtigkeit ganz gleichviel, wenn einmal nicht das Verbrechen selbst, sondern nur die wahrscheinliche Gefahr Grund der Zufügung des Uebels ist.

Es bedarf wohl, ausser den angeführten, keine andere Argumente gegen diese Theorie. Sie

scheinen

scheinen mir ihr ganzes Fundament zu untergraben, und wenn der Grundstein zerbrochen ist, dann muß auch wohl das Gebäude sinken *).

Die

*) Die eigentliche Veranlassung zu dieser Theorie war wohl keine andere, als weil man es nicht begreifen konnte, wie der Staat ein Uebel um der begangenen Handlung selbst willen zufügen könne, ohne daß dieses Uebel entweder Rache oder moralische Vergeltung sey. Diese Veranlassung läßt sich historisch darthun und bei alten Schriftstellern finden sich schon die Data hierzu. So sagt der alte *Pierre Silvain Regis* in seiner Moral L. I. P. I. p. 480. „La Loi de nature commande: que quand on impose de peines, on n'ait aucun égard *au mal passé*, mais au bien avenir. La raison de cette loi se tire de la nature de la fin, qui regarde toujours avenir: ce qui fait, *que le châtiment lors qu'il ne regarde que le tems passé n'est qu'une action de vanité, qui n'aboutit a rien et qui s'exerce par consequent contre toute raison.* — *Thomasius in institutionibus jurisprudentiae divinae*, sagt: illa poena, quae solum tendit ad expiationem propter delictum tantum, ad species poenarum divinarum pertinet, quia homo nunquam debet in puniendo spectare solum malum praeteritum, sed semper reflectere ad bonum aliquod futurum. — Wie aber, wenn die Zufügung des Uebels durch ein Strafgesetz begründet ist? Dieses Strafgesetz ist der Punkt, welchen man nie aus dem Auge verlieren muß, von welchem alles ausgeht und auf welchen alles zurückläuft.

Die Theorie der Abschreckung, die zweite, welche wir hier einer kurzen Prüfung unterwerfen werden, hat in neuern Zeiten, und zwar mit Recht, schon viele Gegner gefunden *). Die Argumente, mit welchen man sie bestreitet, sind noch nicht hinweggeräumt. Sie zeigen vielmehr unwiderleglich, daß es einem solchen Strafrechte an einem Rechtsgrunde mangele, daß es allem Rechte und den höchsten Gründen desselben, der Natur und Persönlichkeit des Menschen widerspreche. Denn nach der gewöhnlichen Darstellung dieser Theorie, soll die Wirkung, welche die Zufügung des Uebels auf die Gemüther der andern Bürger hat **). indem sie dadurch abgeschreckt werden, der Grund seyn, um dessentwillen die

*) cf. *Püttmann* Progr. *de poenis exemplaribus.* Lips. 1787 et in *Opusc. jur. crimin.* No. IX. p. 257.

**) „Der Endzweck der Gesetze, wenn sie Verbrechen bestrafen, sagt Filangieri System der Gesetzgebung. IV. Bd. S 19. kann kein anderer seyn, als den Verbrecher von fernerer Beunruhigung der Gesellschaft abzuhalten; und andere von der Nachahmung seines Beispiels durch den Eindruck abzuschrecken, den die an ihm vollzogene Strafe auf ihr Gemüth machen soll."

die Strafe wirklich verhängt wird. Diese Abschreckung wäre also der Zweck, Schmerzen einer Person wären das Mittel zu demselben: und so würde ein vernünftiges Subjekt als Sache gebraucht, welche es nie ist, und so lange seine Natur nicht zerstört ist, nie werden kann *). Dieser Zweck der Strafe kann also unmöglich Rechtsgrund derselben seyn, wenn man nicht das Nütz-

*) Darum läugne ich aber keineswegs, daß unmittelbare Abschreckung durch die bloße Zufügung des Uebels, ein Nebenzweck der Strafe seyn können. Idem vero haud intelligo, sagt *Püttmann* cit l. p. 262. quare nefas sit. in poenis infligendis eo simul respicere, ut metus inde ad plurimos perveniat. Nihil sane prohibet, quo minus quis, dum causam principem agit, simul etiam secundariam spectet, eademque de fideiia duos dealbare studeat parietes. Aber eben darum, weil der unmittelbare Eindruck der Exekution nur ein Nebenzweck der Strafe ist, kann er auf die Bestimmung der Strafe selbst durchaus keinen Einfluß haben und die Art oder Größe derselben determiniren. *Püttmann* sagt daher (l. c. p. 265.) ganz richtig: hoc tamen ita intelligi volumus, ut poena, ob exemplum aliis praebendum haud augeatur, neque reo ideo dolor ullus inferatur aut cruciatus. Quid enim si quando peccavi, ad me pertinent peccata aliorum futura? Quare ego meo dolore aut incommodo impedire debeam, ne alii in posterum similem contrahant culpam, aut aliis malefactis reip. damnum dent?

Nützliche zum Maasstab des Rechts erheben will; oder man müßte allenfalls einen höhern Grund in irgend einem Rechtssatze aufsuchen, welcher die rechtliche Möglichkeit, ein Uebel blos zur Abschreckung zu verhängen, begründete.

Einige glauben diesen Grund in Folgendem entdeckt zu haben. Die vernünftige Natur allein, sagen sie, ist der Grund aller Rechte, der Grund aller vollkommenen Verbindlichkeiten. Nur ein vernünftiges Wesen kann als berechtigtes Subject geachtet und behandelt werden. Was geschieht aber, fahren sie fort, wenn ein vernünftiges Wesen widerrechtlich handelt? wenn es die Lust dem Guten, die Sinnlichkeit dem Gesetze unterordnet? — Es erniedrigt sich zu den Thieren, hört daher auf vernünftiges Wesen zu seyn, und kann mithin auch als bloßes Naturwesen behandelt werden. Dieß der Grund alles Zwangsrechts *), dies zugleich der Grund zu jenem Recht der Strafe.

Es

*) Man sehe vor allen Maaß, l. c. 30. Ausserdem auch Stephani Naturrecht. Thl. 1.

Es giebt in der That keinen bequemern Grund als diesen, wenn man sonst nicht weiß, was man mit dem Zwangsrecht gegen ein vernünftiges Wesen anfangen soll. Wer ihn aber für ein Argument gelten läßt, muß in der That noch nicht wissen, daß eine Metapher kein Philosophem ist. Wo liegt denn der Grund zu dem Schluß: ein vernünftiges Wesen handelt unvernünftig, darum ist es ein unvernünftiges Wesen; eine Person widerspricht den Vernunftgesetzen, darum hört sie auf eine Person zu seyn? Ein rechtswidriger Mensch befolgt freilich das Gesetz der thierischen Natur; Lust ist sein höchstes Gesetz, Sinnlichkeit die letzte und nächste Triebfeder seines Handelns: wird er denn aber dadurch, wie durch den Zauberstab einer Circe, in ein Thier verwandelt, wird dadurch seine sittliche Natur verändert und zerstört, wird das Sittengesetz und die nothwendige Bedingung desselben, die Persönlichkeit in ihm zernichtet *)? Wer in aller

*) Sehr richtig sagt daher Stelzer Grundſ. d. peinl. Rechts. Thl 1. Cap. 1. „Der Schluß ist falsch: wenn der Mensch eine Handlung begeht, deren Grundquelle nicht die Vernunft, so ist er überhaupt kein wahrer, sondern nur ein Scheinmensch, ein Mensch in thierischer Gestalt. Allein in

aller Welt kann dies behaupten? und wenn dies nicht behauptet werden kann, so hat der Beleidiger und der verworfenste Bösewicht noch Rechte, wenigstens das Recht, nur nach den Gesetzen der Gerechtigkeit gezwungen zu werden. Denn wo Persönlichkeit ist, da sind Rechte; und wo Rechte sind, da ist auch Persönlichkeit. Widersprechen sich denn aber nicht alle diese Rechtslehrer in der Folge selbst? Sie erkennen doch Grenzen des Zwangs gegen den Beleidiger an. Sie sagen zwar, daß das Recht des Beleidigten in das Unendliche (in indefinitum) gehe; aber sie verstehen doch darunter nichts weiter, als daß der Zwang, so weit er nur immer als die Bedingung zur Erhaltung des Rechts betrachtet werden kann, nach äussern Gesetzen gerecht sey. Der Zwang ist also auf die Bedingung der Nothwendigkeit zur Erhaltung des Rechts beschränkt. Aber wozu diese Grenze?

Das

in Absicht dieser Handlung ist er kein wahrer Mensch. Nur dann erst, wenn er gar nicht das Vermögen hat, irgend eine Handlung nach Grundsätzen der Vernunft zu begehen, kann er nicht unter die Classe wahrer Menschen gezählt werden." Man vergleiche auch *Konopack Diss. de juribus ex laesione oriundis ad juris naturae principia dijudicatis. Halae* 1797.

Das Daseyn und die Grenze aller Rechte und mithin auch des Zwangsrechts wird nur in dem äussern Forum durch die Rechte des andern bestimmt. Wo keine Rechte in dem andern sind, da sind meine Rechte unbeschränkt und so unendlich, als gegen die Natur. Hört der Beleidiger durch seine That auf in das Reich vernünftiger Wesen zu gehören, wird er aus einer Person zur Sache: nun, so ist er ganz das Object unsrer Willkühr, so ist jeder Zwang, den ich gegen ihn, wegen seiner Beleidigung gebrauche, völlig gerecht; so darf ich ihn martern, peinigen, tödten, wie es nur meiner Laune und meiner Rachsucht beliebt. Die Moral sagt mir freilich, auch mein Hausthier menschlich zu behandeln, weil ich mich durch Grausamkeit entehre, durch die Lust an den Schmerzen empfindender Wesen, das sympathetische Gefühl abstumpfe, und indem ich die Grausamkeit gegen blos empfindende Geschöpfe nähre, mich auch zur Barbarei gegen vernünftige Wesen erziehe. Eben dieses würde mir die Moral bei dem Zwange gegen ein solches Menschthier sagen. Aber diese Grenze wäre nur eine moralische, keine rechtliche Grenze, und ich könnte sie überschreiten, ohne darum ungerecht zu seyn, wenn ich gleich meinen Pflichten entgegen-

gegenhandelte, und den Namen eines Unmenschen mir verdienen würde.

Einen andern, bei weiten scheinbareren Grund, für jene Natur der Strafe, liefert uns Klein *). Unter Strafe überhaupt, versteht er das auf die gesetzwidrige Handlung folgende Uebel, in so fern es zur Bewirkung künftiger gesetzmäßiger Handlungen oder Unterlassungen gebraucht wird. Es beruht ihm daher die Strafe auf einem dreifachen Grunde 1) auf dem Rechte des Beleidigten, den in dem Beleidiger vorhandenen Reiz zu neuen Verbrechen aufzuheben (die moralische Prävention;) 2) auf dem Recht zur Verhütung der Beleidigungen Uebel anzudrohen und dann um dieser Drohung willen zu exequiren: 3) auf dem Rechte, den durch das Verbrechen in andern entstandenen Reitz, vermittelst des Strafübels, aufzuheben. (Abschreckung als unmittelbarer Zweck der Strafe.) Es kostete mich in der That einige Mühe mich in Kleins eigentlichen Gedankengang hineinzufinden, und die mancherlei Rücksichten, die er bei Begründung des

*) Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 9. ff.

des Strafrechts nimmt, unter sich selbst und zu jenen Resultaten zu vereinigen. Seine Erklärung über die Androhung, als Grund der Strafe, ist mir noch bis jezt nicht deutlich. Im §. 8. sagt er: „Das Recht der Selbstvertheidigung kann auch dadurch ausgeübt werden, daß dem Beleidiger, auf den Fall, wenn er die unerlaubte Handlung vollenden oder wiederholen sollte, ein Uebel angedroht wird. Da die bloße Drohung fruchtlos seyn würde, so muß auch dem Beleidigten erlaubt seyn, sie an dem dadurch nicht abgeschreckten Beleidiger zu vollziehen." Dagegen heißt es nun §. 12. folgendermaßen: „In so fern das Strafrecht nicht durch andere Gründe gerechtfertigt wird, muß eine ausdrückliche oder stillschweigende Drohung vorausgegangen seyn. Allgemeine Drohungen sind in Ansehung derer, welchen sie bekannt geworden sind, als besonders an sie gerichtet, zu betrachten." Dort wird also das Recht zu strafen, aus dem Recht, einen bestimmten Verbrecher, wegen wahrscheinlicher künftiger Beleidigungen erwiesen; hier wird ein Recht der Androhung gegen mögliche Verbrecher überhaupt, wegen möglicher Beleidigungen vorausgesetzt. Auch verstehe ich es gar nicht, wie Klein die Nothwendigkeit

und

und das Recht, die angedrohte Strafe, im Fall der wirklich eintretenden Beleidigung zu exequiren, begründet. Es spricht (§. 8.) von einer gegen einen bestimmten Beleidiger gerichteten Drohung und meint doch, daß die Execution derselben darum nothwendig sey, weil sie sonst fruchtlos seyn würde. Die Drohung heißt doch wohl nur dann fruchtlos, wenn sie ihren Zweck, nemlich die Abschreckung von der bedrohten Handlung nicht erreicht, wenn also die Handlung, der Drohung ohngeachtet, geschieht. Was ist nun also mit jener Argumentation gesagt? Wer zeigt uns das Mittel, wie eine Drohnng, die nur gegen einen bestimmten Beleidiger gerichtet ist, nach der wirklich begangenen Verletzung, noch fruchtbar werden kann? Die That ist geschehen, und der Zweck der Drohung daher für immer vereitelt. — Dies aber im Vorbeigehen! Unser eigentlicher Gegenstand ist hier der dritte Grund des Strafrechts, nemlich die Abschreckung anderer. H. Klein sucht diesen Zweck durch einen nicht unbedeutenden und nicht unscheinbaren Grund zu rechtfertigen. „Alle, durch die unerlaubte Handlung bestimmten Folgen, heißt es §. 6. und 7. gehören, so weit nicht die verschiedenen Grade der Verschuldung einen Unterschied machen, zu dem Schaden,

BAYERISCHE STAATS- BIBLIOTHEK MUENCHEN

welcher von Seiten des Beleidigers ersetzt werden muß. Unter die mittelbaren Folgen der Beleidigung gehört auch der dadurch bewirkte Reitz, sie zu erneuern; er mag bei Andern, oder bei dem Beleidiger selbst, aus dem Gelingen, oder aus dem für den Beleidiger unnachtheiligen Mißlingen entstanden seyn. Es wird also das Recht des Beleidigers nicht verletzt, wenn er genöthigt wird, das zu thun, zu unterlassen oder zu dulden, was nothwendig ist, damit dieser Reitz gehoben werde." —

Das Rechtsprincip, welches die Strafe blos zur Abschreckung begründete, wäre also die Nothwendigkeit, den durch das Verbrechen bewirkten Schaden, wieder gut zu machen: und diesen Grund, will ich einstweilen dem würdigen Verfasser mit beiden Händen zugeben. Meine Zweifel gehen vorzüglich auf den Reitz zu Verbrechen, welcher durch die Zufügung des Strafübels, nach jenem Rechtsprincip gehoben werden soll. — Wenn ein Schaden ersetzt werden soll, so muß doch wohl auch dieser Schade vorhanden seyn; und, wenn man einen Menschen zur Wiedererstattung desselben rechtlich nöthigen will, so muß man wohl auch von der Existenz jenes Schadens völlig überzeugt seyn. Das Recht, einen andern

zu zwingen, daß er einen vermutheten, wahrscheinlichen Schaden wieder gut mache, ist ein Recht, das sich selbst widerspricht und daher auch als Recht nicht existirt. Wir haben schon oben bemerkt, daß ein wahrscheinlicher Rechtsgrund auch nur ein wahrscheinliches, aber kein wirkliches (actu vorhandenes) Recht begründe. Nun ist es allerdings gewiß, daß nach dem Datis der Erfahrung, Handlungen, welche von Andern begangen worden, und mit glücklichem Erfolg begleitet waren, zur Nachahmung reitzen. Non ibi consistunt exempla, unde coeperunt, sed quamlibet in tenuem recepta tramitem latissime evagandi sibi viam faciunt, et ubi semel recto deerratum est, in praeceps pervenitur *). Aber woher empfangen wir denn alle diese Weisheit und Erkenntniß? woher wissen wir denn, daß ein begangenes Verbrechen auch in Andern einen Reitz zu neuen, ähnlichen Verbrechen begründet? — Doch wohl nur aus der Erfahrung, aus einzelnen Wahrnehmungen — und a priori werden wir uns wohl nicht über einen Gegenstand der Erfahrung belehren können. Aber was entspringt denn für eine Erkenntniß aus der Erfahrung?

*) *Vellejus II, 3. 4.*

rung? sind die Sätze, welche sie uns liefert, so allgemein und nothwendig? ist das, was wir aus ihren Quellen schöpfen, so unumstößlich gewiß, daß wir von dem, was oft und gewöhnlich geschieht, auf die Nothwendigkeit dieses Factums in allen Fällen schließen könnten? Daß aus unbestraften Verbrechen ein Reitz zur Begehung derselben selbst in Andern entstehe, nehmen wir oft genug wahr. Wenn wir es aber auch noch so oft wahrgenommen hätten, wenn uns auch nicht eine einzige widersprechende Wahrnehmung bekannt geworden wäre; so begründen doch alle diese noch so einstimmenden Wahrnehmungen, nicht das geringste mehr, als die Wahrscheinlichkeit, es werde unter derselben Voraussetzung dieselbe Wirkung erfolgen. Wer wäre so dreust und so unbekannt mit den Eigenschaften der Erfahrungserkenntniß, daß er von jenen vergangenen Wahrnehmungen, auf die wirkliche Nothwendigkeit derselben in allen Fällen schließen könnte? Wir können es uns zwar aus Regeln des menschlichen Geistes erklären, warum das nicht bestrafte Verbrechen andere Menschen zu Verbrechen reitzt; allein diese Regeln sind doch selbst wieder aus der Erfahrung abgezogen, und können schon darum keine Nothwendigkeit, nicht

einmal die relative Allgemeinheit und Gleichheit jener Wahrnehmungen hervorbringen, weil ihre Wirksamkeit oft durch andere Regeln oder höhere Gesetze des menschlichen Geistes aufgehoben wird. Niemand wird uns daher, auch nur durch Induction beweisen können, daß jener Reitz, so weit die Erfahrung reicht, in allen Fällen die Folge des Verbrechens Anderer gewesen sey. Wie unendlich mannichfaltigen Einwirkungen ist nicht der menschliche Geist ausgesetzt! wie unendlich viele Ursachen giebt es nicht, die in diesem oder jenem Falle diesem Reitz entgegenwirken, oder, um mich richtiger auszudrücken, die Wirksamkeit des Verbrechers zu Erweckung dieses Triebes aufheben können! daß daher in einem bestimmten Falle der Reitz, welcher die rechtliche Möglichkeit der Strafe begründet, vorhanden sey, kann nicht vorausgesetzt und geradezu als gewiß vorhanden angenommen werden: sondern die wirkliche Existenz desselben, muß in jedem besondern Falle erwiesen, und zwar aus der Erfahrung erwiesen seyn. Nur unter dieser Bedingung läßt sich die rechtliche Möglichkeit einer solchen abschreckenden Strafe denken. Ohne diese Bedingung ist sie das ungerechteste Wagestück. Die Verwaltung der Criminaljustiz müßte also in jedem

Falle

Falle durch die Criminalpolicei begründet und vorbereitet werden. Diese müßte erst, wegen des bewirkten Gemüths-Schadens, eine genaue, gewissenhafte und zuverläßige Erkundigung einziehen, und müßte (weil diese Erkundigung auf eine andere Art nicht leicht möglich seyn dürfte) auf der Brust eines jeden Bürgers das Fensterchen des Momus anzulegen suchen. Oder kann es gerecht genannt werden, ein so gefährliches Recht auf gerathewohl auszuüben, und einen Menschen wegen eines vermutheten Schadens andern zum Exempel auf das Rad zu legen? —

H. Klein wird aber doch auch zugeben müssen, daß wenn einmal der entstandene Reitz Grund der Strafe ist, das Uebel gerade nicht größer und nicht geringer seyn darf, als nöthig ist, um diesen Reitz aufzuheben. Nicht geringer darf er seyn, denn sonst ist die Strafe zwecklos; nicht größer, denn sonst ist sie ungerecht. Hiezu sind aber zwei Stücke sehr nothwendig 1) daß man die Größe dieses bewirkten Gemüthsschadens kenne, daß man wisse, ob der Reitz heftig oder schwach? wie heftig und wie schwach er sey? 2) daß es eine Waage giebt, auf der man die Leiden des zu Bestrafenden mit der Größe dieses Reitzes abwiegen kann, damit man zu bestimmen

im

im Stande ist, welche Strafe diesem Reitze völlig angemessen ist. — Und ob man diesen zwei Foderungen wohl Genüge leisten kann? In der That weiß ich mir hier mit nichts weiter zu helfen, als mit der eben nicht sehr tröstlichen Ueberzeugung, daß man es mit der gerechten Ausübung dieses Rechts (ut nunc sunt homines) eben nicht so genau zu nehmen habe. — Und sieht man es denn nicht ein, daß man unter Voraussetzung dieser Theorie völlig aufhören müsse, gegen die Grausamkeit der Strafen zu reden? Alle Barbareien verflossener Jahrhunderte, lassen sich nicht blos entschuldigen, sondern rechtfertigen, sobald man diesen Strafgrund mit Consequenz verfolgt. Unter vielen Millionen Menschen kann man doch wohl mit Grund vermuthen, daß es einige, ja sogar viele geben werde, bei denen der Reitz zum Verbrechen besonders stark ist, und bei denen es nur durch recht starke Gegenmittel, durch recht tief einschneidende Vorstellungen von den Uebeln, die das Verbrechen begleiten, aufgehoben werden müsse. Damit nun nicht blos die, welche gelinde gereitzt werden, sondern auch jene andere abgeschreckt werden, so müssen alle nur erdenkliche Martern dem Verbrecher angethan werden, wenn die Strafe ihren Zweck in ihrem

ganzen

ganzen Umfange erreichen soll. Einen großen Verbrecher muß man, wo möglich, eines tausendfachen Todes sterben lassen, um alle zu schrecken und den bewirkten großen Schaden völlig zu tilgen. Der Verfasser wende mir nicht ein: die Strafe muß den subjectiven Ursachen für die Größe der Schuld, muß den Graden der subjectiven Imputabilität der Handlung angemessen seyn. Diese zwei Principien, Abschreckung und Imputabilität heben sich gegenseitig einander auf. Will man nach der Vorstellungsart: der Verbrecher dürfe nicht mehr Uebel leiden, als er durch den gradus doli verdient hat, die Größe des Strafübels bestimmen, so wird man oft den Zweck der Abschreckung verfehlen; will man die Strafe dem Zwecke der Abschreckung angemessen machen, so wird die Strafe den Graden der subjectiven Strafbarkeit nicht angemessen seyn.

Zu allen diesem kömmt noch ein anderer und bei weitem wichtigerer Grund. Die Strafe soll eine Art des Schadenersatzes seyn und dasselbe Fundament haben, auf welches sich das Recht auf Schadensersatz überhaupt gründet. Jeder muß den Schaden ersetzen, dessen Ursache er war; jeder Verbrecher muß durch die Schmerzen, die

er

er leidet, den nachtheiligen Erfolg seines Verbrechens, den Reitz, den er verursacht hat, wieder aufheben. Aber wodurch entsteht denn dieser Reitz? ist die gesetzwidrige Handlung selbst, ist sie allein die zureichende und nothwendige Ursache desselben? — Wäre dies, so müßte das bloße Beispiel, das durch die Uebertretung gegeben wird; so müßte das bloße reine Factum, das der Verbrecher bewirkt hat, Ursache des Reitzes in Andern seyn? Reitz besteht in dem Antrieb des Begehrungsvermögens zu irgend einem Object des Begehrens. Welcher Mensch bestimmt sich aber wohl blos darum zu etwas, weil ein Anderer sich dazu bestimmt hat? wer findet in der bloßen Handlung einen zureichenden Grund, um sich zu eben dieser Handlung zu bestimmen? und wie kann dies andere Gründe zum Handlen verstärken oder erhöhen? Die Ursache, welche uns zu rechtswidrigen Handlungen bestimmt, ist allein die Lust an der Handlung (und an den sie begleitenden Folgen) verbunden mit der Unlust, von welcher das nicht befriedigte Bedürfniß dieses Object der Lust zu realisiren, begleitet ist. Je größer die Lust ist, die wir von dieser Handlung erwarten, desto größer ist unsere Begierde, desto größer das Bedürfniß sie zu

reas

realisiren, desto stärker also der Reitz zu derselben. Was auf unser sinnliches Begehren einwirken soll, muß schlechterdings durch dieses Medium seine Wirksamkeit äussern, und daher kann die Handlung eines Andern nur dadurch unser Begehren zu der Begehung derselben reitzen, daß sie die Vorstellung von der Lust an derselben vergrößert, daß sie also ein Grund ist, von der Handlung keine Schmerzen, sondern Lust zu erwarten. Daraus folgt denn, daß ein Verbrechen nur dadurch zu neuen Verbrechen reitzen kann, daß es nicht gestraft wird, daß der Verbrecher die Vortheile der That genießt, ohne deswegen die verdienten Schmerzen zu erdulden *). Und nun überdenke man, wie man hier argumentirt! wie man sich in unvermeidlichen Zirkeln umdreht! Der Verbrecher soll darum gestraft werden, weil, wenn er nicht gestraft würde, die That zu neuen Verbrechen reitzen würde. Worin liegt also der Grund zu dem Reitze? Nicht in dem Verbrechen, sondern in der Ungestraftheit des

*) O consuetudo peccandi! quamtam habes jucunditatem in improbis et audacibus, *cum poena abfuit, et licentia consecuta est*, Cicero in *Verr.* III. c. 76.

des Verbrechens, nicht in dem Verbrecher, sondern in der nichteintretenden, von ihm nicht abhängigen rechtlichen Folge desselben. Dieser soll demnach einen Schaden wieder gut machen, den er nicht bewirkt, sondern zu dem er nur die Gelegenheitsursache gegeben hat; der vor der Strafe (die doch den Schaden, weil sie ihn repariren soll, voraussetzt) noch nicht eingetreten ist, sondern der erst dann eintritt, wenn die Strafe, durch die jener Schaden geheilt werden soll, nicht eintreten würde. Der zu hebende Schade ist nach dieser Theorie Ursache der Strafe; aber die Nichtanwendung der Strafe ist die Ursache dieses Schadens, ein Zirkel, aus dem ich mich durch meinen Verstand nicht herausfinden kann, und dem ohngefähr folgender Schluß zum Grunde liegt: —

1) Wer einen Schaden verursacht hat, muß ihn wieder gut machen:

2) Nun entsteht aber daraus, daß der Schade (der Reitz) nicht wieder gut gemacht (durch Strafe aufgehoben) wird, der Schade (ein Reitz zum Verbrechen).

3) Folglich muß dieser Schade, der, wenn man ihn nicht aufhübe, entstehen würde, wieder gut gemacht werden.

Hier sind also nichts als Widersprüche und logische Fehler: 1) der Verbrecher ist Ursache des Reitzes, und er ist nicht die Ursache desselben; 2) der Reitz in Andern ist Grund der Strafe, wird von dieser vorausgesetzt, weil sie diesen Schaden wieder gut machen soll; ist aber auch nicht Grund derselben, weil dieser Reitz nur dann erst entsteht, wenn eben dieser Schade nicht wieder gut gemacht würde.

Zweites Kapitel.

Berichtigung der Begriffe von einem Strafgesetz.

So wichtig der Begriff von Strafe überhaupt für das gesammte peinliche Recht ist, eben so wichtig ist der Begriff von Strafgesetz. Wie kann man eine richtige Theorie von der Interpretation und der Anwendung der Strafgesetze, wie eine richtige und bestimmte Vorstellung von dem Rechte der Schärfung und Milderung der Strafe besitzen, wenn nicht hier alles aufgeklärt, bestimmt, berichtigt ist? Die meisten Inconsequenzen und Widersprüche, die noch jezt in unserm Strafsystem herrschen; das Hin- und Herschwanken zwischen der erträumten Autorität gewisser philosophischen Principien, welches die Strafe zu einem Spiele der richterlichen Willkühr, und unsere Richter zu Gesetzgebern und zu halben Richtern macht;

welches

welches die Gerechtigkeit entwürdigt, und die Rechte des Menschen und des Staats beleidigt, das Ansehn der Gesetze zerstört und das Recht zum Gegenstande einer blinden Ahnung erniedrigt: alles dieses hat größtentheils darinn seine Ursache, daß man entweder gar nicht weiß, was man sich unter einem Strafgesetz zu denken hat, oder sich etwas anders darunter denkt, als man sich denken sollte. Es ist dies eine harte Beschuldigung; aber ich glaube sie rechtfertigen zu können.

Der allgemeine Begriff von einem Strafgesetz ist folgender: Strafgesetz ist ein Gesetz, das sich auf die Bestrafung gesetzwidriger Handlungen bezieht *). Dies ist der weiteste Begriff, welcher aber eben darum nicht der bestimmteste ist. Unter ihm sind nicht blos solche Gesetze enthalten, die zu ihrem Inhalte die Bestimmung einer Strafe haben, sondern auch solche, die was immer für eine andere Verordnung, welche sich auf Verbrechen

*) „Lex criminalis est, quae de delictis disponit.“ *Koch. Inst. j. c.* §. 1. — „Peinliche Gesetze sind solche, welche sich auf die Bestrafung der Verbrecher beziehen“ Klein l. c. §. 49. — Man schließe nicht aus diesen Citaten, als wenn ich peinliche Strafgesetze mit Strafgesetzen überhaupt verwechselte.

brechen und deren Bestrafung bezieht, enthalten. In jenem Sinne des Worts sind auch die Verordnungen bei dem gerichtlichen Verfahren in Bestrafung der Verbrecher, die Verordnungen über die praescriptio abolitio criminum, über die Prozeßkosten u. s. w. Strafgesetze zu nennen. Wir müssen daher zwei Unterarten jenes Gattungsbegriffs wohl unterscheiden. Die Strafgesetze sind nemlich entweder solche, welche die Bestrafung des Verbrechens selbst zum Objecte haben, die also bestimmte Handlungen mit gewissen Strafen bedingen; oder aber solche, die nur andere auf Strafen und Verbrechen sich beziehende Bestimmungen, enthalten. Jenes giebt uns den Begriff von Strafgesetz (lex punitoria, poenaria, vindicativa) im engern Sinn, und in diesem Sinne reden wir allein von ihm.

Die meisten Rechtslehrer geben dieselben Bestimmungen. Wenn es aber darauf ankommt, diesen Begriff auseinander zu setzen, ihn in seine Theile zu zerlegen, und die Merkmale von den Merkmalen anzugeben oder auch ihn anzuwenden, dann sieht man nur zu deutlich, daß sie den Begriff des Gesetzes durch seine Bestimmungen aufheben,

und

und sich unter einem Strafgesetz nur eine Vorschrift denken, eine Norm zu Bestrafung der Verbrechen, also eine Regel, die aber nicht den Grund absoluter Nothwendigkeit in sich hat. Einige nehmen dies sogar in die Definition des Strafgesetzes auf. So sagt Stelzer *): „Das peinliche Gesetz ist nichts anders, als eine von der gesetzgebenden Gewalt über Verminderung und Verhütung der Verbrechen gemachte Vorschrift." An sich ist dieses Wort nur zweideutig, und eine solche Bestimmung könnte an und für sich blos den Vorwurf der Vieldeutigkeit und Unbestimmtheit verdienen. Vorschrift ist im allgemeinen gleichbedeutend mit Regel, und bezeichnet einen Begriff oder einen Satz, nach welchem etwas geschehen soll, der ein gewisses Mannichfaltiges von Handlungen ordnet und zur Einheit bringt. **) Dieser Regeln und Vorschriften giebt es aber zwei verschiedene Arten, solche nemlich die den Grund der Nothwendigkeit und Gültigkeit in sich selbst haben, und

*) Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Thl. S. 35.

**) cf. Schmid Vers. einer Moralphilosophie. 3te Ausg. §. 22.

und solche, deren Nothwendigkeit und Gültigkeit in etwas anderem ausser ihnen liegt. Jenes sind unbedingte Vorschriften und heißen Gesetze; diese aber sind nur bedingte (hängen von etwas andern ab) und werden Vorschriften im engern Sinne genannt. Der Begriff von Vorschrift in eine Bestimmung von einem Strafgesetze aufgenommen, würde es daher an und für sich selbst unbestimmt lassen, ob damit eine Vorschrift im engern oder im weitern Sinne gemeint sey; ob also das Strafgesetz ein Gesetz im eigentlichen Verstande, oder nur eine beliebige Regel, ein beiläufiger Maasstab zum richterlichen Urtheile, eine Regel sey, deren Gültigkeit und Anwendung von Gründen, die ausser ihm liegen, von dem Gutdünken des Richters und der etwanigen Uebereinstimmung mit andern Principien des richterlichen Urtheils abhänge. Daß aber blos das letzte damit gemeint sey, sieht man aus Stelzers deutlichen Erklärungen und aus gar vielen Aeusserungen unserer übrigen Criminalisten. Schon Böhmer *) giebt dies deutlich genug zu verstehen, wenn er sich über den Rechtsgrund, die gesetzlichen Strafen zu mildern und zu schärfen, erklärt: „Videlicet nulla

*) Ad art. CV. §. 3. C. C. C.

nulla poena delictis imposita datur, quam *immutabili* lege, eo usque servari oporteat, ut nullum prorsus judici arbitrium supersit, ab eadem suo tempore recedendi. Augent, secant, temperant JCti. — Quidquid legislatores, dum poenam delicto imponunt intendunt, huc pertinet; *ut regulam judicibus suggerant, fluctuantibus subveniant, impediantque ne omnia in foro criminali manu regantur.*" Das Strafgesetz wäre also nichts weiter als eine beiläufige Instruction für den Richter, die nur seiner Willkühr oder (um nicht dieses schreckliche Wort zu gebrauchen) seinem Urtheile zum Maasstab dienen, die dieses nicht bestimmen, sondern nur leiten soll, und welche blos die einzige Absicht hat, daß das richterliche Gutdünken, auf das bei Bestrafung der Verbrechen alles ankommt, wenigstens nicht ganz ohne alle Führung hin und wieder schwanke.

Daß unsere Criminalisten diese Vorstellung nicht blos haben, sondern auch haben müssen, wenn sie nicht ganz ihre eignen Grundsätze verläugnen wollen, ergiebt sich aus ihren Theorien von dem Strafrechte überhaupt. Man mag nun die Abschreckung Anderer, oder die Prävention, oder die moralische Vergeltung zum Grunde der

Strafe

Strafe nehmen; so stößt man sogleich auf die Folgerung, daß nur die Beurtheilung jedes besondern Falls und der bei demselben concurrirenden Umstände die Strafe bestimmen müsse. Ist Abschreckung Anderer der unmittelbare Grund von der Zufügung des Uebels, so muß das Strafübel diesem Zwecke angemessen und darf nicht größer und nicht geringer seyn, als nöthig ist, um diesen Zweck zu erreichen. Wie groß es aber seyn müsse kann im allgemeinen durch die Verordnung eines Gesetzgebers nicht bestimmt werden; denn jeder einzelne Fall ist besonders modificirt, jedes Verbrechen, selbst derselben Art, wird nach den besondern objectiven Principien, die der That zum Grunde liegen, und nach den zufälligen äussern Ursachen, die dabei concurriren, bald die Ursache eines größern, bald eines kleinern Reitzes zur That seyn, und daher auch bald eines größern, bald eines geringern Strafübels zur Abschreckung bedürfen. Am klärsten leuchtet dies bei der Präventionstheorie ein. Der Gesetzgeber kann bei seiner Gesetzgebung nur über Gattungen und Arten von Handlungen bestimmen; kann sich nicht über alle mögliche Handlungen, mit allen möglichen Bestimmungen derselben, erstrecken, und so gleichsam den ganzen unendlichen Reichthum aller möglichen Er-

fahrungen erschöpfen. So auch der Criminalgesetzgeber. Es ist ihm physisch unmöglich, jede einzelne, unter was immer für besondern Modificationen der Gefährlichkeit, vorkommende Handlung zu bestimmen; jedes Verbrechen in seinen unendlich mannichfaltigen, eben darum von keinem endlichen Verstande vollständig zu erschöpfenden, möglichen Verschiedenheiten zu verfolgen, und die demselben adäquaten Sicherungsmittel als Strafen zu bestimmen. Nulla tanta providentia sagt *Quintilian* *), potuit esse eorum, qui leges componebant, ut *species* criminum complecterentur, nam et semper caventes nequitia vicisset, ac jus ita multiplex et diffusum esset, ut pro incerto haberetur ignotum **). Dem Gesetzgeber bleibt also nichts anders übrig, als nach dem bloßen Begriff der Gattung, oder der Art die Gefährlichkeit der Handlungen abzuwägen und ohne auf die einzelnen, speciellen Erscheinungen derselben Rück-

*) *Declam.* 331.

**) Die Griechen machten die zu dem Einzelnen sich erniedrigenden Gesetze lächerlich. Sie nannten eine solche Gerechtigkeit eine βολητου δικη. Solon hatte nemlich das Gesetz gegeben, daß auch derjenige, der Mist entwendete, ein Dieb sey. (Τοις βολιτον υφελομενοις κολαζεσθαι). Daher das Sprüchwort. cf. *Petiti Leg. Att. p.* 534.

Rücksicht zu nehmen, nur gewisse Gattungen oder Arten derselben mit Strafen zu bedrohen. Man nehme nun an, Strafe sey nichts weiter, als ein Mittel, sich vor einem bestimmten Verbrecher zu sichern; man erwäge zugleich, daß dieses Sicherungsmittel den besondern Graden der Gefahr eines jeden einzelnen Falls angemessen seyn muß, wenn es nicht entweder ungerecht oder zwecklos seyn soll: was wird von allem diesem die Folge für jene sogenannten Strafgesetze seyn? Sie bestimmen ein Strafübel für eine gewisse Gattung oder Art von Rechtsverletzungen, welchen (wir wollen dies annehmen) dieses Uebel, nach den allgemeinen Bestimmungen, unter welchen sich der Gesetzgeber dieselben dachte, völlig angemessen, also durchaus gerecht ist. Aber jeder concrete Fall hat doch wieder seine besondern Bestimmungen, die der Gesetzgeber nicht vorausgesehen hat und nicht voraussehen konnte; — Bestimmungen, welche entweder in der Handlung selbst, so wie sie äusserlich erscheint, oder in den subjectiven Gründen, aus welchen sie entsprungen ist, oder sogar in den zufälligen Lagen des Staats, in welchen er sich bei diesem oder jenem Verbrechen befindet, gegründet sind *).

Alle

*) Ganz consequent sagt daher Schall von der Zufügung der Todesstrafe, was eigentlich von allen

Stra-

Alle diese concurrirenden Ursachen werden eine unendliche Verschiedenheit der Gefahr eines und desselben Verbrechens, wenn es in concreto vorkommt, zur Folge haben. Nur nach diesen concreten Bestimmungen muß daher der Grad der Gefahr und die Größe der Strafe beurtheilt werden, und das Strafgesetz kann nur dann seine Anwendung finden, wenn ein Fall vorkommt, bei welchem dem Grade der Gefahr das in dem Gesetz bestimmte Sicherungsmittel angemessen ist. Eben dies ist, aus sehr leicht begreiflichen Ursachen, bei der Verwechslung der bürgerlichen mit der moralischen Strafe der Fall, man mag nun ausdrücklich die bürgerliche Strafe für eine moralische Vergeltung erklären, welches ein positiver Rechtsgelehrter nicht leicht

Strafen, unter Voraussetzung dieser Theorien, gesagt werden sollte: es wird bei Ausübung dieses Rechts (Todesstrafen zu verfügen) immer sehr viel (ja vielmehr alles) auf die Art und Größe der Gefahr, worin der Bürger den Staat versetzen kann, sehr viel auf die Sicherheit oder Unsicherheit anderer Mittel, diese Gefahr abzuwenden, ankommen; freilich wird der Staat sich dieses Rechts weit seltner bedienen dürfen, als der wehrlose Mensch im Stande der Natur; kurz freilich wird die Rechtmäßigkeit des Gebrauchs dieses Rechts, d. i. die Rechtmäßigkeit der Todesstrafen im Staate aus diesem Rechte allein nicht bewiesen werden können. Von Verbrechen und Strafen (Leipz. 1779.) S. 118. u. 119.

leicht wagen dürfte, oder man mag unvermerkt, wenigstens ohne es andern merken zu lassen, den Begriff der moralischen Strafe der bürgerlichen unterschieben, welches allerdings fast allen unsern Rechtsgelehrten zu Schulden kommt. Jedes Strafgesetz ist daher, unter der Herrschaft dieser Theorien, nur eine bedingte Verordnung, sagt nichts categorisch aus, sondern seine Anwendung und Gültigkeit hängt von einer höhern, über das Gesetz selbst hinausgehenden Beurtheilung ab, nemlich von der Vergleichung desselben mit jenen Principien des Strafrechts und wieder des besondern concreten Falls mit diesen. Einige Rechtslehrer verschweigen diese Folgerung; einige gestehen sie ausdrücklich nur bei der Todesstrafe ein. So sagt Schall *) und Kleinschrod ausdrücklich von dieser Strafe, daß sie nicht unbedingt verhängt werden dürfe, und die gesetzliche Drohung derselben nur eine bedingte Drohung seyn könne. „Denn man kann ja nicht im voraus bestimmen, ob alle Verbrechen dieser Art so gefährlich seyen, daß man nur durch Tödung sich gegen sie zu sichern im Stande ist. Also nur hypothetisch kann der Regent bestim-

*) Ueber Verbrechen und Strafen. S. 118 und 119.

bestimmen: denn soll Mord und Hochverrath mit dem Tode gebüßet werden, wenn nur dadurch der Staat sich gegen Missethäter dieser Art verwahren kann *)." Allein eben dies muß ja doch auch bei jeder Strafe seine Anwendung finden. Das Strafübel dieser Theorie kann ja nur ein solches seyn, welches die nothwendige Bedingung zur künftigen Sicherheit ist: und kann denn dies bei irgend einem Sicherungsübel von dem Gesetzgeber vorausgesehen werden? Man wird doch etwa nicht behaupten wollen, daß nur bei der Todesstrafe der Staat verpflichtet sey, gerecht zu handeln? Vor der Gerechtigkeit ist es in dieser Hinsicht gleichviel, ob die Güter des Verbrechers, oder seine Ehre, oder sein Leben der künftigen Sicherheit geopfert werden. Das geringste Uebel muß mit eben der Gewissenhaftigkeit zugefügt werden, als das größte, wenn es nicht den Strafenden zu einem Beleidiger erniedrigen soll **).

Aber

*) Systematische Entwickelung. Thl. II. §. 6 und 7.

**) Der eben so witzige als scharfsinnige Verf der Nachricht die v. K—sche Untersuchung betreffend Ein Beitrag über Verbrechen und Strafen (Königsb. 1792.) ist daher bei weitem con-

Aber da fragt sich doch vor allen Dingen, wozu solche Strafgesetze dienen sollen? was sie denn wohl für einen Zweck haben können, wenn die Strafe nicht nach ihnen, sondern nach Principien der Sicherung oder der Abschreckung zugefügt werden soll? denn daß sie das Urtheil nicht durch sich selbst bestimmen können, daß es nicht blos genug ist, den von ihnen vorausgesetzten Fall unter dieselben zu subsumiren, um die in demselben bestimmte Strafe anzuwenden, ist aus dem vorhergehenden klar. Die Principien der Präventionstheorie oder der Abschreckung begründen das Urtheil

consequenter. „Daß die Strafen, sagt er S. 19., in dieser Rücksicht bessernd sind, wenn sie blos das Herz des Beleidigers zur Buße leiten; exemplarisch dagegen, wenn sie andere von ähnlichen Beleidigungen abschrecken wollen, bringt einen jeden auf die Bemerkung, daß man die Größe der Strafe aus den vorkommenden Umständen abmessen müsse, die nicht sowohl durch den Gesetzgeber, als durch den Richter bestimmt werden können. Was kann aber dem Staate daran liegen, daß alle Verbrechen bestraft werden? ob und in wie weit die Strafloßigkeit dem gemeinen Wesen Schaden zugefügt hat? oder Gefahr zufügen werde? ist ein Problem, das so leicht nicht a priori zu entscheiden ist. Durch Gesetze dergleichen Knoten zu lösen, ist bedenklich und hart: und doch sollen Gesetze Muster der strengsten Gerechtigkeit seyn!" —

Urtheil; durch sie wird bestimmt, aus ihnen muß erkannt und beurtheilt werden, welches Uebel, nach den vorliegenden Umständen nothwendig und zur Erhaltung der künftigen Sicherheit gerecht und zweckmäßig sey. Wenn die gesetzliche Strafe auf einen gegebenen Fall wirklich angewendet wird, so geschieht dies nicht darum, weil das Gesetz sie bestimmt hat, sondern weil diese Strafe mit den höhern Principien übereinstimmend gefunden wird und die Verfügung des Gesetzgebers zufällig mit den Geboten der Vernunft übereinstimmt. Wäre das Gesetz nicht da, so würde eben so gesprochen werden müssen; und hätte das Gesetz anders gesprochen, so würde der Richter gegen das Gesetz gesprochen haben *). Wer sieht nun nicht, daß unter dieser Voraussetzung alle Strafgesetze (ich meine hier vorzüglich die bestimmten) durchaus nichtig und zwecklos seyn müssen, daß es keinen so zwecklosen, so sehr sich selbst widersprechenden Zweig der Gesetzgebung geben kann, als den, welcher

*) Die Rechtslehrer haben noch einen Schlupfwinkel, in dem sie sich verstecken, um dieser Inconsequenz — durch eine andere Inconsequenz zu entgehen. Hiervon wird erst in den folgenden Kapiteln die Rede seyn.

welcher sich mit der Bestimmung der Strafen beschäftigt? daß alle Criminalgesetzgeber sich eine thörichte Mühe genommen haben, und daß man einen bestimmten Criminalcodex nicht ohne eben so große Thorheit fordern kann? Denn wozu dienen diese Gesetze, wenn sie nicht Gründe des richterlichen Urtheils seyn sollen, wenn sie, sobald der Staat gerecht seyn will, in tausend Fällen keine Anwendung finden können, wenn alle Straferkenntnisse nur durch die sogenannten philosophischen Principien bestimmt werden sollen, und man ihrer also in jeder Rücksicht völlig entbehren kann? Es ist doch wohl nichts gewisser, als daß eine Vorschrift, die nicht die Regel von Handlungen ist, gar nichts ist; daß eine Regel oder ein Gesetz, welches nicht der Grund der Bestimmung ist, sondern dessen Object lediglich durch Principien ausser ihm selbst bestimmt werden muß, durchaus keine praktische Realität hat, und in das Reich der leeren gehaltlosen Formeln gehört. Soll das Gesetz practische Gültigkeit haben, so muß es auch das Mannichfaltige der Zwecke wirklich bestimmen; so muß aus ihm erkannt, nach ihm bestimmt werden, welche Strafe zugefügt oder nicht zugefügt werden soll und dann können auch Principien die ausser ihm selbst liegen, der absolute Grund der Bestimmung

nicht

nicht seyn. — Sind aber solche fremdartige Principien der Maasstab aller Strafe und muß immer die Handlung in concreto unter diese subsumirt und nach ihnen beurtheilt werden, so kann auch dem Gesetz, das die Strafbarkeit der Handlungen nur in abstracto beurtheilt, durchaus keine practische Realität beigelegt werden, so kann in ihm kein Erkenntniß- und Bestimmungsgrund zu der Zufügung einer bestimmten Strafe zu finden seyn, und es gleicht einer mathematischen Formel, die uns einen viereckigten Circel zu construiren oder aus vielen unendlich kleinen geraden Linien eine krumme zu ziehen lehrt. Die Sache ist klar und bedarf weiter gar keinen Argumentationen.

Aber vielleicht wenden mir meine Gegner ein: ein bestimmtes Strafgesetz kann wenigstens doch in so ferne von Gebrauch für die richterlichen Erkenntnisse seyn, als es dem Richter wenigstens einen Maasstab der Beurtheilung giebt, als es wenigstens sein Urtheil leitet, und ihm durch ein Beispiel Anweisung giebt, wie er sein Straferkenntniß aus den Principien der Prävention finden soll. Es scheint uns dies eine sehr schlimme Ausflucht zu seyn. Jene Eigenschaft könnte doch wohl das bestimmte Strafgesetz nur dann an sich haben, wenn

es

es die Voraussetzung, an welche es die Strafe als Folge knüpft, vollständig mit allen möglichen einzelnen Bestimmungen, welchen die Strafe als Sicherungsmittel völlig angemessen wäre, festsetzte. Es dürfte also nicht sagen: wer aus Bosheit einen Mord begeht, soll mit dem Tode bestraft werden; sondern es müßte so sprechen: ein Mensch, der einen Mord begeht; der diesen Mord aus dolus begeht, bei welchem der dolus durch diese Gründe a. b. c. d. ꝛc. bestimmt wurde, dessen Entschluß zur That folgende Eigenschaften e. f. g. ꝛc. an sich hatte, und wo die Umstände h. i. k. ꝛc. concurriren, welche zur Sicherheit kein anderes Mittel als den Tod des Verbrechers übrig lassen, soll mit dem Tode bestraft werden, weil dann nur durch den Tod die Gefahr abgewendet werden kann. Hier hätten die Richter allerdings eine Norm von dem Gesetzgeber, freilich nicht als Gesetzgeber, sondern als Schulmeister erhalten, und das Gesetzbuch wäre ein sehr nützliches Exempelbuch. Aber das wollen denn doch unsre Gegner nicht; sondern das allgemeine (die Strafbarkeit der Handlung überhaupt, in abstacto beurtheilende) Gesetz soll unter jener Voraussetzung wenigstens als Richtschnur von Nutzen seyn. Dieses ist ja aber ganz unmöglich. Es bestimmt nur eine allgemeine

Vor-

Voraussetzung als Grund der Strafe, und diese allgemeinen Voraussetzungen sind es noch nicht allein, welche die Strafe gerecht machen. Denn sonst müßte die Strafe überall eintreten, wo diese gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden wären, welches der Theorie in jeder Rücksicht widerspricht. Zu jenen allgemeinen Merkmalen der zu bestrafenden Handlungen, müssen also immer noch einzelne Bestimmungen hinzukommen, aus welchen erkannt wird, daß die gesetzliche Strafe die nothwendige Bedingung zur Sicherung für die Zukunft sey. Man nehme z. B. wieder das Gesetz, das auf einen dolosen Mord die Todesstrafe setzt. Soll dieses Gesetz Norm des Urtheils im obigen Sinn des Worts seyn, so müßte es geradezu angewendet werden können, sobald nur jene Voraussetzungen einträten; so müßten die im Gesetz angegebenen Merkmale für die Voraussetzung von denen die Strafe abhängt, vollgültige Erkenntnißgründe seyn, aus welchen man beurtheilen könnte, daß nur dieses Uebel dieser Gefahr vorzubeugen im Stande sey. Ist dies aber möglich? sind nicht die Grade des dolus, ist also nicht die Gefährlichkeit der Handlung in concreto unendlich mannichfaltig und verschieden? wie viele andere einzelne Umstände werden noch erfodert, damit die Todesstrafe bei diesem

Ver-

brechen zureichendes und gerechtes Sicherungsmittel sey! Ob daher die Strafe des Gesetzes eine gerechte Strafe, und das Gesetz in jedem einzelnen Falle gültig sey, muß erst aus der Vergleichung der einzelnen Umstände der concreten That mit den Principien der Imputation beurtheilt werden. Mithin müßten die Imputationsprincipien Grund der Beurtheilung des Gesetzes, also Norm bei der Anwendung desselben, und doch sollte eben dieses Gesetz wieder eine Norm für die Anwendung der Präventionslehre seyn: ein Cirkel und ein Widerspruch, den ich mir durch alle Anstrengung meiner Kräfte auch nicht einmal scheinbar zu lösen im Stande bin. Wenn also das Strafgesetz in Beziehung auf die von ihm bestimmte rechtliche Folge und die Verknüpfung derselben mit dem Verbrechen kein absolut gültiges Princip für das richterliche Urtheil ist; so bleibt ihm nur der Gebrauch übrig, daß es die rechtliche Voraussetzung gültig bestimmt, also den vollgültigen Grund zur Beantwortung der Frage in sich enthält: welche Handlungen sollen bestraft werden? — Hierdurch wird aber die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit bestimmter Strafgesetze nicht um das geringste mehr erwiesen. Denn eben aus dieser einseitigen Gültigkeit derselben erhellet nun, daß sie als bestimmte Strafgesetze

durch

durchaus als nicht vorhanden zu betrachten sind; daß ein Verzeichniß von den zu bestrafenden Verbrechen, etwa mit dem Zusatze: diese Handlungen sollen nach den philosophischen Principien der Strafbarkeit geahndet werden, von eben demselben Werth und Gehalt sey; und mithin ein Strafcodex, welcher nicht allein die gesetzliche Voraussetzung bestimmte, sondern auch an diese gewisse rechtliche Folgen unter der Form eines Gesetzes knüpfte, nicht nur zwecklos und ohne reellen Gehalt, sondern auch zweckwidrig und der Vernunft, dem Wesen eines Gesetzes und der Natur der Strafe, widersprechend sey.

Unsre Gegner suchen diesen Einwendungen wenigstens zu entgehen, wenn sie auch dieselben nicht hinwegräumen können. Ist gleich das Gesetz, meinen sie, nicht für den Richter nothwendig, so ist es doch nothwendig in Hinsicht auf die Unterthanen, welche dadurch von den Verbrechen abgeschreckt werden sollen. Wir wollen sie selbst hören. Stübel sagt *): „die moralische Prävention wird im Staate vortheilhaft modificirt, da

*) System des allgemeinen peinlichen Rechts. 1 Bd §. 114.

Da derjenige, welcher die gesetzgebende Macht verwaltet, im voraus schon, ohne die wirkliche Aeusserung der Absicht, eine unrechtmäßige Handlung zu unternehmen, zu erwarten, die Art der Gewalt bestimmt und zu Jedermanns Warnung bekannt macht, durch welche man besorgliche Verletzungen zu verhüten suchen werde, damit solcher Gestalt die bloße Drohung so viel wirke, als die wirkliche Ausübung der Gewalt." — Bestimmter redet Grolman *) hierüber: „Der Staat ist verbunden die Mittel nicht zu vernachläßigen, welche ihn dahin führen können, daß keine Drohungen mehr geschehen, und hiezu ist eins der wirksamsten Mittel, wenn er in dem Gesetze selbst die Strafe vorher bekannt macht, welche die Uebertretung desselben zur Sicherheit des Staats nothwendig nach sich ziehen müsse. Und nun ist der Zweck eines solchen Strafgesetzes freilich kein Anderer, als alle, welche unter dem Gesetze stehen, von einer möglichen Drohung abzuhalten; der Zweck der Strafe aber (die Ursache, warum gerade so viel Uebel und weder mehr noch weniger bestimmt wurde) bleibt nach wie vor, den Drohenden von der Ausführung der

*) l. c. §. 109.

der wirklich geschehenen Drohung abzuhalten." In welchem Verhältnisse hier das Strafgesetz zu dem eigentlichen Zweck der Strafe stehe, ergiebt sich von selbst. Es ist nicht eine nothwendige Bedingung zur Strafe, begründet nicht den Begriff derselben und das Recht zu derselben: „es ist gar nicht einmal nöthig, daß der Drohende das Uebel vorher wisse, welches ihn treffen muß, wenn er das Gesetz zu überschreiten drohet; denn der Staat ist demohngeachtet verbunden, von allen Mitteln Gebrauch zu machen, welche der Drohende, um die Ausführung seiner Drohung zu verhindern, nothwendig macht *)." Das Strafgesetz ist also nur ein beiläufiges Mittel zur Verhinderung der Verbrechen; geht nur auf einen Nebenzweck, der mit der Strafe selbst nichts gemein hat, und existiren oder nicht existiren kann, ohne daß dadurch nur im mindesten etwas an der Natur und dem Recht der Strafe selbst verändert werde *). Son-

der-

*) Grolman l. c. §. 108.

**) Daraus folgt denn zugleich, daß die strafende Gewalt nur ein Zweig der executiven Gewalt sey, wie dies auch wirklich Feder Grundlehren des menschlichen Willens. 3te Aufl. S. 271. zu behaupten scheint. Wenn man aber, wie dies auch der einzig mögliche Weg ist, eine aufsehende, gesetz-

derbar erscheint es aber doch gleich, daß dem Strafgesetz nur so eine Nebenrolle angewiesen wird, da es doch, nach dem eigenen Geständnisse unsrer Gegner, eine Hauptrolle spielen soll und ein bei weitem fruchtbareres Mittel zur Verhütung von Verbrechen ist, weit inniger mit dem Zwecke des Staats zusammenhängt, als die Strafe selbst. Denn diese soll nur die künftigen Beleidigungen eines bestimmten Verbrechers verhüten; jenes bezieht sich auf alle mögliche Verbrecher, und wirkt dahin, daß gar keine Beleidigungen mehr geschehen, also das Präventionsrecht

gesetzgebende, richterliche und ausübende Staatsgewalt unterscheidet und von unserm Begriff von Strafe und Strafrecht ausgeht; so muß man auch annehmen, daß die Strafgewalt unter die gesetzgebende, richterliche und ausübende Gewalt nothwendig vertheilt sey. Die Strafgewalt äussert sich durch die Gesetzgebung, in wie ferne keine Strafe ohne ein Gesetz gedacht werdrn kann; durch die richterliche Gewalt, weil, wenn die Strafe als rechtliche Folge eintreten soll, das Factum unter das Gesetz subsumirt werden muß; endlich durch die ausübende Gewalt, weil die Wirksamkeit der Strafgesetzgebung durch die Strafzufügung bedingt ist. Daß auch die aufsehende Gewalt Verbrechen und Strafen zu ihrem Gegenstande haben könne, hat keinen Zwdifel; aber dies folgt nur aus politischen Rücksichten, nicht aus dem Wesen der Strafe.

recht selbst unbrauchbar werde. Wir würden daraus sogleich die Folgerung ziehen: also muß der Staat alle Mittel anwenden, durch welche das Strafgesetz zu jenem Zwecke wirken kann, alles entfernen, was dieser Wirksamkeit desselben widerstreitet: mithin muß er es auch als Gesetz im eigentlichen Sinne gelten lassen und die Bestimmung desselben streng exequiren. Denn daß der Gebrauch, den man der Strafe neben ihm einräumt, den Gebrauch desselben aufhebe, leuchtet von selbst ein, und soll auch sogleich bewiesen werden.

Warum droht denn wohl der Staat bestimmte Strafen in seinen Strafgesetzen an? welches ist der Grund, warum er auch den Zweck, von möglichen Verbrechen abzuhalten, durch bestimmte Strafgesetze zu erreichen sucht? Denn ein Grund muß doch wohl vorhanden seyn, und wenn sich ein solcher Grund nicht auffinden läßt, so ist das Strafgesetz zwecklos, und der Oberherr, der solche Gesetze giebt, ist nicht das geringste mehr, als ein Thor. Ein solcher Grund bietet sich aber leicht einem jeden dar. Unbestimmte Strafgesetze, welche nur im allgemeinen die Strafbarkeit einer Handlung festsetzen und dieselbe mit einem Uebel bedrohen, ohne die Art dieses Uebels specifisch zu bestimmen,

ent-

enthalten zwar ebenfalls einen Grund zur Abschreckung in sich; können aber keineswegs so vollständig und in dem Umfange den Zweck der Abschreckung erreichen, wie ein bestimmtes Strafgesetz. Dies scheint beim ersten Anblick irrig und paradox zu seyn. Sollte nicht die Phantasie, welche immer um so geschäftiger und lebendiger ist, je weniger sie durch bestimmte Vorstellungen beschränkt wird, die Vorstellung von der künftigen Strafe, die der Verbrecher zu erwarten hat, ihm um so lebhafter und um so viel schrecklicher vormalen, je weniger er weiß, welches von den vielen, durch das Strafgesetz begründeten Uebeln ihn wirklich treffen werde *)? Allein dies widerspricht nicht blos der Erfahrung, sondern auch den psychologischen Gesetzen, nach welchen die Phantasie wirksam ist. Der Obersatz ist allerdings richtig; aber die Folgerung ist falsch. Die Art der Wirksamkeit und die Tendenz der Phantasie hängt von verschiedenen Gründen, besonders von dem Gefühle des Subjects, von dem Interesse und den Begehrungen desselben

*) Dies ist auch einer der wichtigsten Gründe, welchen die Vertheidiger der geheimen Vollstreckung der Strafen, besonders der Todesstrafen für sich anführen.

desselben ab. Eine freudige Empfindung stimmt die Phantasie zur Freude, und erweckt sie zur Hervorbringung angenehmer Bilder; der Schmerz giebt ihr die entgegesetzte Richtung. — Ein Unglück, das uns begegnet, macht daß wir alles fürchten, und nicht blos das gegenwärtige Leiden tiefer empfinden, sondern auch durch den trügenden Spiegel der Einbildungskraft entweder noch andere zukünftige Leiden über uns hereinbrechen sehen, oder geringere Uebel uns weit größer vorstellen, als sie wirklich sind. Hassen wir eine Person, so empfängt der Haß durch die Phantasie seine Nahrung, indem sie alle Vorzüge der Person verdunkelt und, um unsrer Leidenschaft zu schmeicheln, hassenswerthe Eigenschaften erdichtet, oder über die wirklich vorhandenen noch schwärzere Farben verbreitet. Haben wir ein starkes Interesse, daß irgend eine Handlung geschehe oder nicht geschehe; giebt es nicht die allgemeine Erfahrung, daß wir dann alle Hindernisse unsers Begehrens, entweder nicht sehen, oder für geringer achten, als sie wirklich sind, und allen Gründen, welche für die Wirklichwerdung unsers Begehrens sind, das größte Gewicht beilegen? Es ist ein Sprüchwort, daß wir einen Menschen, der uns von seinen unwahrscheinlichen Hoffnungen, als von gewissen Erwartungen redet,

durch

durch die Bemerkung: er hoffe, weil er wünsche, zurechtzuweisen suchen. Und was anders ist die Ursache von diesem Hoffen, weil man die Erfüllung der Hoffnung wünscht, als, weil sich die Phantasie, nach dem sinnlichen Interesse des Menschen richtet, und entweder schmeichelnde oder gehäßige Bilder producirt, je nachdem er durch seinen individuellen Zustand bestimmt wird, entweder an diesen oder an jenen Interesse zu haben *)? Und nun die Anwendung hievon auf die Drohung durch unbestimmte Strafgesetze! Sie sollen von Verbrechen abhalten, sollen also auch in den Augenblicken, wo sich der Mensch zu den Verbrechen bestimmen will, von der Begehung der That, von der Vollendung des Begehrens zurückschrecken. Hier ist aber das Subject in einer Stimmung des Gemüths, wo es an der rechtswidrigen That Interesse hat, wo ihm viel daran gele-

*) Man sehe hierüber Maaß Versuch über die Einbildungskraft. 2te Ausg. (Halle 1797.) §. 35. besondert §. 40. ff. und *Heydenreich observ. de nexu sensus et phantasiae. Lips.* 1787. — Weiter ausgeführt ist diese sehr gute Abhandlung in Heydenreichs Originalideen. Thl. I. Auch ist sie in Cäsars Denkwürdigkeiten aus der philosophischen Welt, 1787. Bd. V. abgedruckt.

gelegen ist, daß die That geschehe. Es verspricht sich Lust von dem Gegenstande; es lebt in ihm das Bedürfniß nach Befriedigung seiner Sinnlichkeit durch jene Handlung; jenes Bedürfniß ist, so lange es noch nicht befriedigt ist, mit Unlust begleitet, und dieser Unlust bestrebt es sich, nach einem Instinct, durch wirkliche Begehung der That zu entziehen. Und was wird nun hievon die Folge seyn? Da es keine bestimmte Vorstellung von dem Uebel hat, das ihn treffen wird, und von vielen möglichen Uebeln ihn nur eins, das er aber nicht kennt, vom Gesetze angedrohet ist; so erhält eben dadurch die Phantasie einen weiten und unbeschränkten Spielraum für ihre Bilder, und sie wird (weil dies das Interesse des Subjects ist) unter den vielen unbestimmten Uebeln das erträglichste zugleich, als das wahrscheinlichste vorstellen. Es wird daher ein solches Strafgesetz nie oder doch nur selten seinen Zweck erreichen *). Daher nun die Noth-

*) *Baco de Verulamio. Tit. I. aph. 8.* sagt daher sehr richtig und schön: Legis tantum interest ut *certa* sit, ut absque hoc nec *justa* esse possit. Si enim incertam vocem det tuba, quis se parabit ad bellum? Similiter si incertam vocem det lex, quis se parabit ad parendum? Ut moneat igitur oportet, priusquam feriat. Etiam illud recte positum est; *optimam esse legem, quae mini-*

Nothwendigkeit des Gesetzgesetzgebers bestimmte Strafgesetze zu geben. Denn nun bleibt dem Verbrecher nicht die Hoffnung einer gelinden und ihm erträglichen Strafe übrig. Er weiß (unter der Voraussetzung, daß das bestimmte Strafgesetz nicht durch seine Anwendung zum unbestimmten gemacht wird) welche Strafe ihn treffen wird; weiß daß dieser Schmerz die nothwendige rechtliche Folge seiner That ist, und wird daher nur dann sich zur That bestimmen, wenn er entweder der Strafe entgehen zu können glaubt, oder wenn das bestimmte Uebel zu gelinde ist, als daß es die Antriebe zu der That überwinden könnte.

Nun aber die bestimmten Strafgesetze nach der gewöhnlichen Theorie? Sie sollen bestimmte, aber gleichwohl bedingte Strafgesetze seyn; sollen nur dann Anwendung finden, wenn besondere, in dem Gesetz nicht ausgedrückte Umstände vorhanden sind, durch welche das angedrohte Uebel gerecht und

minimum relinquit arbitrio judicis: id quod certitudo ejus praestat. — Wieland Geist der peinlichen Gesetze. Thl. 1. §. 217. *Marat Plan de legislation criminelle.* p. 27.

und zweckmäßig wird. Mit welchem Uebel das Verbrechen in concreto bestraft werden solle, hängt von andern Principien ab; die Strafe ist gelinder oder schärfer, als die gesetzliche, oder stimmt mit ihr überein, je nachdem andere Gründe, welche den Maasstab der Bestrafung abgeben, dieses nothwendig machen. Was ist also ein solches bestimmtes Strafgesetz um das geringste mehr, als ein unbestimmtes Strafgesetz? dieses bestimmt, daß nach der Größe der Strafbarkeit in concreto, die Größe und die Art der Strafe bestimmt werden solle; jenes sagt ebenfalls nichts anders; das unbestimmte Strafgesetz sagt: nach dem Grade der Gefährlichkeit, nach den besondern einzelnen Umständen einer jeden That, aus welchen die Größe der Strafe bestimmt werden kann, soll dieses Verbrechen bestraft werden; das bestimmte aber zugleich bedingte sagt eben dieses, weil das Uebel, das es droht, auf die Bedingung eingeschränkt ist, daß es dem nur *in concreto* zu beurtheilenden Grade der Gefahr oder subjectiven Imputabilität gemäß sey. Diese Principien sind also über dem Gesetze, aus ihnen wird die Strafe erkannt, und da sind wir denn wieder bei unsrer Frage: ob sich ein vernünftiger Grund auffinden lasse, warum bestimmte Strafgesetze gegeben werden,

den, wenn sie denselben Inhalt, und denselben Gebrauch haben, wie die unbestimmten; wenn sie weder mehr abschrecken, noch dem Richter mehr Norm seines Urtheils seyn können, als diese? Wie können sie mehr oder sicherer abschrecken als diese, da sie von demselben Inhalte sind; da ihre Anwendung dies den Bürgern sogleich offenbaren muß, und nun dieselbigen Gründe, welche die Wirksamkeit der unbestimmten Strafgesetze hemmen, auch bei diesen eintreten? die bloßen Worte sollen doch etwa nicht so große Dinge thun? Ein Katalog von Verbrechen mit dem Zusatze: diese Handlungen sollen gestraft werden, würde daher gerade dasselbe seyn, und dasselbe wirken, als der bestimmteste und ausführlichste Strafcodex. Denn die Worte: diese Handlungen sollen gestraft werden, können keinen andern Sinn haben, als den, welchen auch das bestimmteste Strafgesetz hat: diese Handlungen sollen jedesmal aus den philosophischen Principien von der Größe der Strafe in concreto beurtheilt und geahndet werden; denn dies ist ja schon an sich in der Natur der Strafe, nach jenen Theorien enthalten.

Ich ziehe aus allem diesem die Folge: daß kein bestimmtes Strafgesetz die Natur haben könne,

welche

welche ihm jene Rechtslehrer beilegen, daß seine Anwendbarkeit und Gültigkeit nicht von höhern Principien und von der Beurtheilung des Richters nach einem fremden Maasstalle abhänge, und also, um uns kurz auszudrücken, daß das Strafgesetz — Gesetz sey. Eben dieses ergiebt sich aus unsrer erwiesenen Theorie von dem Grunde aller Strafe. Der einzige Zweck der strafenden Gewalt ist kein anderer, als daß keine Beleidigungen geschehen, und dieser Zweck soll durch die Vorstellung eines Uebels erreicht werden, welches der Staat den möglichen Verbrechern androht, und wodurch die sinnliche Triebfeder, die zur That anreitzt, aufgewogen wird. Soll nun aber die Drohung diesen Zweck erreichen und sich nicht selbst widersprechen, so muß sie das bestimmte Strafübel als eine rechtlich-nothwendige Folge der bestimmten Handlung aufstellen; so muß sie erklären, daß das Uebel eine Folge der Handlung seyn solle; und mithin die in dem Gesetz bestimmte Voraussetzung nicht existiren könne, ohne daß sie von dieser begleitet werde. Denn gesetzt die Strafe würde nicht durch ein Sollen, als rechtlich-nothwendig mit der in dem Gesetz ausdrücklich bestimmten Voraussetzung verknüpft; so würde die Verordnung erklären: daß die Strafe als Folge der

bestimmten Handlung rechtlich zufällig sey, daß sie mithin vorhanden und auch nicht vorhanden seyn könne. Das angedrohte Strafübel kann aber nur dann Triebfeder des Begehrens zur Unterlassung der Handlung werden, wenn das Strafübel als wirkliches, gewiß erfolgendes Uebel vorgestellt wird, und als ein solches kann es, wie sich wohl von selbst versteht, nicht vorgestellt werden, wenn es nun als ein rechtlich zufälliges Uebel betrachtet werden kann *).

Dasselbe Resultat ergiebt sich aus der bloßen Analysis der Form des Strafgesetzes, das heißt, des Sollens, durch welches die erklärte Strafe an das Verbrechen, als ihre rechtliche Bedingung geknüpt ist. Wenn ich jemanden zumuthe, daß er etwas solle, so betrachte ich ihn als das Subject einer Verbindlichkeit von dem, was er soll, und urtheile von ihm, daß sein Wille schlechthin und ohne alle Bedingung genöthigt sey, dieses zu thun oder zu unterlassen. Eine Regel, die sich auf Handlungen bezieht, und nur in so ferne, als ich diese

*) Das ist es, was Kant durch den Satz ausdrückt: das Strafgesetz ist ein categorischer Imperativ.

diese Handlungen will, oder als ich diese einer andern Regel gemäß finde, für nothwendig erklärt, kann nicht durch ein Sollen ausgedrückt werden, und legt uns keine Verbindlichkeit auf. Man denke an die Regel: wenn du reich werden willst, mußt du sparen. Diese Regel ist nothwendig, in so ferne sie die Beziehung eines Mittels zu einem Zwecke ausdrückt, und das erste als die Bedingung der Erreichung des letzten erklärt. Kann ich wohl sagen, daß hier die Form der Regel ein Sollen sey? Ihre Nothwendigkeit wird durch Principien ausser ihr bestimmt; sie ist nur dann und in so ferne nothwendig, als und in wie ferne etwas anders wirklich ist. Denn zu der Gültigkeit dieser Regel wird vorausgesetzt, daß jemand diesen Zweck (den Reichthum) wolle, und bei diesem Wollen wird vorausgesetzt, daß ein Subject den Reichthum seinen Principien von Glückseligkeit gemäß finde. Aber nun denke man sich die Regel: du sollst nicht stehlen. Kann ich mir diese Regel bedingt vorstellen, ohne zugleich ihren ganzen Charakter zu zerstören? Kann ich auch hier sagen, daß die Nothwendigkeit und Gültigkeit derselben von Principien und Factis ausser ihr abhänge? Unmöglich, der Mensch mag wollen oder nicht; er mag Zwecke haben, was für welche er nur immer haben mag,

es mag diese Regel was immer für andern Principien widersprechen; sie ist gültig und nöthigt schlechthin ohne alle Voraussetzung den Willen. Der Charakter einer Regel, welche dies Sollen zur Form hat, ist also unbedingt und durch sich selbst gültig; mithin auch das Strafgesetz, in so fern es categorisch mit dem Verbrechen das Strafübel verknüpft.

Sollte nicht aus dem Begriff von rechtlicher Nothwendigkeit eben dieses sich ergeben? Rechtliche Nothwendigkeit ist eine solche, durch die bestimmt wird, daß etwas geschehen solle, weil sonst das Gegentheil dem Rechte widersprechen würde. Es ist also etwas rechtlich möglich, in so ferne etwas dem Rechte nicht widerspricht; rechtlich nothwendig, in so ferne das Gegentheil davon dem Rechte widersprechen würde. Die Achtung des Rechts aber ist unbedingt; es hängt von Niemanden ab, ob er das Recht eines Andern achten wolle, oder nicht; mithin ist eine Regel, die eine rechtliche Nothwendigkeit ausdrückt, ebenfalls unbedingt und lediglich durch sich selbst gültig. Ihre Beobachtung hängt nicht von andern Principien ab, sondern sie hat den Grund ihrer Nothwendigkeit und Gültigkeit schlechterdings in sich selbst. Um sie

anzuwenden, darf ich nicht erst nach andern Gründen fragen, von denen etwa ihre Brauchbarkeit und Gültigkeit abhienge; sondern ich darf nur darnach fragen, ob die Voraussetzung, die sie selbst ausdrückte, vorhanden ist. Eine solche Nothwendigkeit ist nun in dem Stafgesetz enthalten, in wie ferne der Gesetzgeber (so wie er dem Zweck der Strafe gemäß auch muß) erklärt, daß die bestimmte Strafe eine rechtliche Folge des im Gesetz benannten Verbrechens seyn solle, und daher dieses, ohne daß der durch das Gesetz bestimmten rechtlichen Ordnung widersprochen werde, ohne jene nicht seyn könne.

Wir wollen noch weiter gehen, und auch den Begriff von einem Gesetz erläutern. Das Strafgesetz ist doch nur eine Art von Gesetzen, und unterscheidet sich blos durch sein Object, durch das, was es bestimmt, von andern Gesetzarten. Der Begriff vom Gesetz überhaupt muß also doch wohl auch in dem Strafgesetze zu finden seyn, oder wir müssen ihm gar nicht diesen Namen geben, und können es durchaus nicht als ein Product der gesetzgebenden Gewalt betrachten, welches doch, so viel ich weiß, noch Niemand versucht hat. — Alle Rechtslehrer von Grotius an bis auf die

neuern

neuern Zeiten unterscheiden Rathsschläge und beliebige Regeln von Gesetzen; alle verstehen unter Gesetzen einen absoluten Grund von Verbindlichkeiten, eine Regel durch welche man vollkommen verpflichtet wird; niemand hat noch behauptet, daß die Anwendung und die Nothwendigkeit der Gesetze nicht durch sich selbst begründet werde. *Hobbes* *) sagt: lex est mandatum jus personae, (sive hominis, sive curiae) cujus praeceptum *continet obedientiae rationem.* Unsre Rechtslehrer unterscheiden allgemein die Fragmente in unserm römischen Gesetzbuch welche Gesetze und welche nicht Gesetze sind, und unterscheiden die suasiones, commendationes, propositiones enunciativas und assertivas von den eigentlichen Gesetzen. Warum ist denn aber z. B. die L 1 §. 3. *de periculo et commodo rei vend.* kein Gesetz? offenbar darum, weil dieses Fragment keinen Grund der rechtlichen Nothwendigkeit von Handlungen enthält. Warum ist nun aber das Sctum Vellejanum ein Gesetz? Aus keiner andern Ursache, als weil die Propositionen, die es enthält, eine rechtliche Nothwendigkeit ausdrücken. Es sagt: eine Weibsperson, die sich für einen andern verbirgt, soll keine Verbindlichkeit aus

*) De cive XIII. §. 1.

aus diesem Contract, der Gläubiger soll kein Recht aus demselben haben, und der Richter soll demselben keine rechtliche Wirkung geben dürfen. Wird man nun aber wohl behaupten, daß die Gültigkeit dieses Gesetzes für einzelne unter demselben enthaltene Fälle erst von einer höhern Beurtheilung der Anwendbarkeit des Gesetzes abhänge? daß der Richter um einen solchen Contract die Gültigkeit abzusprechen, nicht blos den in dem Gesetz ausgedrückten und in concreto vorkommenden Fall unter dasselbe subsumiren, sondern erst nach andern Grüuden prüfen müsse, ob denn auch wohl hier das Gesetz gültig und gerecht seyn könne? Jene Verordnung ist ein Gesetz! und mit diesen Worten glaubt ein jeder die Unmöglichkeit hievon vollgültig erwiesen zu haben. Der Charakter eines Gesetzes ist absolute Gültigkeit, für die in demselben enthaltenen Fälle; seine Folge unbedingte Verpflichtung zur Anwendung desselben auf die in demselben enthaltenen Voraussetzungen. Auch das Strafgesetz ist ein Gesetz und auch von ihm muß dieser Charakter gelten.

Und nun können wir den Begriff des Strafgesetzes vollständig und deutlich bestimmen. Es ist eine categorische (d. i. unbedingte und durch

sich

sich selbst gültige) Erklärung von der rechtlichen Nothwendigkeit der Verknüpfung eines sinnlichen Uebels mit einer rechtswidrigen Handlung.

Aus diesem Begriffe ergeben sich nun folgende Rechtssätze:

1) Das Strafgesetz ist gültig für alle in demselben enthaltenen Fälle; wo also die Merkmale der Bedingung, an welche die Strafe geknüpft ist, in concreto vorhanden sind, da muß auch die rechtliche Folge damit verknüpft werden.

2) Das Strafgesetz ist gültig durch sich selbst für alle Fälle. Seine Gültigkeit und Anwendbarkeit hängt nicht von der Uebereinstimmung desselben mit andern auffer ihm gelegenen Principien, ab. Daraus folgt denn

3) Das Strafgesetz braucht, um für die besondern Fälle gültig zu seyn, nicht erst unter höhere Principien subsumirt zu werden; sondern man darf nur unter das Strafgesetz subsumiren.

Das bestimmte Strafgesetz ist also allein die Regel für das Urtheil und nichts ist Regel für die Gültigkeit und Anwendbarkeit dieses Strafgesetzes selbst.

Aus der Natur des Strafgesetzes ergeben sich übrigens folgende Beziehungen desselben. Es bezieht sich:

1) auf die Staatsbeamten, welche die richterliche Gewalt des Staats ausüben. Diesen legt es die vollkommene Verbindlichkeit auf, die Verbrechen nach ihm zu bestrafen und läßt sich in so ferne in zwei Propositionen auflösen: a) kein Verbrechen soll ohne die gesetzliche Strafe seyn; oder das Strafübel ist die Bedingung des Verbrechens (nullum crimen sine poena legali). b) Die gesetzliche Strafe soll nicht ohne das Verbrechen seyn, oder: die Bedingung (der nothwendige Grund) der Strafe ist allein das Verbrechen (nulla poena legalis sine crimine). — Einige glauben, daß das Strafgesetz nur diese Beziehung habe. So sagt *Hobbes* *): „secunda pars legis, quae poenaria appellatur, *mandatoria* est, et lo-

*) De cive XIV. §. 7.

loquitur tantum administros publicos.“ Das Gegentheil hievon ergiebt sich aus unserer Deduction von der Nothwendigkeit eines Strafgesetzes. Nach dieser bezieht es sich

2) auf alle die, welche unter der Strafgewalt stehen, als mögliche Verbrecher, welche es von gesetzwidrigen Handlungen abschrecken soll. Und in dieser Rücksicht erklärt es sowohl die rechtliche Unmöglichkeit der Handlung, als auch die rechtliche Nothwendigkeit der Strafe, als Bedingung der That, und zerfällt daher ebenfalls in zwei Sätze: 1) Jeder soll diese bestimmte Handlung unterlassen; 2) jeder, der sie thut, soll die gesetzliche Strafe leiden, oder, niemand kann diese rechtswidrige Handlung begehen, ohne daß die gesetzliche Strafe rechtlich-nothwendige Wirkung derselben sey.

Durch alles dies habe ich mir nun den Weg zu meinen folgenden Untersuchungen zu ebenen gesucht. Und diese folgenden Untersuchungen werden die gegenwärtige von neuem bestätigen.

Drittes Kapitel.

Begriff von Imputation. Darstellung des Problems, welches dieser Lehre zum Grunde liegt. Psychologischer Grund der Irrthümer in der bisherigen Beantwortung desselben. Ueber die Art der Möglichkeit der Auflösung desselben und die Quellen für die richterlichen Principien der Strafbarkeit in concreto.

Die Lehre, welche den vorzüglichsten Gegenstand unserer kritischen Untersuchung ausmacht, ist die von der Zurechnung der Handlungen oder der Imputation. Alle unsere Criminalisten reden nur von dieser, wenn sie von der Strafbarkeit der Handlungen reden, und halten es für gleichbedeutend zu sagen: die Handlung ist imputabel, und sie ist strafbar. Wir werden aber zu zeigen suchen; daß

daß die eigentliche Imputation nur vor das Forum der Moral und nicht des Rechts gehöre; daß die Imputabilität der Handlungen im engern Sinne Grund der innern, aber nicht der äussern Strafbarkeit sey; daß die Beziehung der Handlung auf das Subject, in so ferne sie der Gegenstand eines Rechtsurtheils ist, von jener Beziehung in so ferne sie das Object eines moralischen Urtheils ist, gänzlich verschieden sey und die rechtliche Strafbarkeit zwar von einer Imputabilität der Handlungen, aber nicht von derjenigen bestimmt werde, welche unsere Rechtsgelehrten und Philosophen, als eine Imputation vor dem äussern Forum, als die Bedingung der bürgerlichen äussern Strafbarkeit betrachten. Wir müssen daher vor allen Dingen die Grundbegriffe und damit den eigentlichen statum controversiae bestimmen; müssen genau das Problem vorlegen, welches die Lehre zu beantworten, und den Weg bahnen, auf welchem sie es zu beantworten hat.

Das Wort: *imputare* hat, wie *Thomasius* *) richtig bemerkt, ursprünglich nur einen physischen Sinn und bedeutet eben so viel, als in rationes

re-

*) *Fund. jur. Nat. et Gent. L. I. c. 7, §. 24.*

referre, auf Rechnung schreiben. Es empfing nachher von der Analogie einen moralischen Sinn nnd bedeutet dann imputatio in dem weitesten Verstande, dasjenige Urtheil, durch welches ein Subject für die Ursache eines Factums erklärt wird. In diesem Verstande nimmt Pörschke *) dieses Wort, und hat daher recht zu sagen: „Wir rechnen sowohl freie, als nicht freie Handlungen zu, denn hätte uns jemand ohne alle Absicht Schaden gethan, wie ein Nachtwandler, oder jemand, der durch seinen Fall etwas von unsern Sachen zerbrochen hätte: so ist er doch der Grund unsers Verlustes und muß selbigen ersetzen." Wenn also nur ein Factum als Wirkung auf irgend ein Subject als Ursache bezogen wird, mag übrigens der Grund, warum es diese Ursache ist, in was immer für einem Principe liegen, so ist dies Imprtation. Aber es giebt noch einen engern und eigentlichen Sinn, und in diesem heißt Imputation dasjenige Urtheil, durch welches ein Subject für die freie Ursache eines Factums erklärt wird. Hier liegt der Grund des Factums in der Freiheit; dieses

wird

*) Vorbereitungen zu einem populären Naturrecht. S. 78.

wird nicht blos auf das Subject überhaupt, als Ursache, sondern auf die Freiheit desselben als Ursache bezogen. Soll also in diesem Sinne die Imputation statt finden; so muß das Subject als freie, absolute Ursache bei Hervorbringung jener Erscheinung wirksam gewesen, so muß die Erscheinung, welche auf ein Subject bezogen wird, nicht blos Factum sondern That seyn. In dieser Hinsicht kann man wohl sagen: ich habe die Handlung gethan, aber sie kann mir nicht imputirt werden. Ich habe sie gethan: in so ferne ich äussere Ursache derselben bin; sie kann mir nicht imputirt werden, in so ferne ich nicht innere, absolute Ursache derselben bin. Die Imputation in jenem weitern Sinne heißt die physische Imputation (imputatio physica); die Imputation in jenem engern Sinne, heißt die moralische Imputation (imputatio moralis). *Darjes* *) unterscheidet beide Begriffe sehr richtig. *In physica*

*) *Obs. jur. nat.* Tom. II. obs. XLII. §. 17. — Anders unterscheidet *Eccard* diese Begriffe. Imputatio quatenus concernit designationem personae auctoris, *imputationis physicae*, quatenus delicit qualitatem, *imputationis moralis* nomine insignitur. S *Principia juris naturalis de actionum moralitate etc.* (Jenae 1788) §. 27.

sica imputatione non quaeritur, an existentia ejus, quod obveniens est, ad *alicujus voluntatem* possit referri, sed an quis ejusmodi existentiae sit caussa. In imputatione vero *morali* non quaeritur, an quis sit ejus, quod abveniens est causa, sed an existentia ejus, quod abveniens est, ad alicujus voluntatem possit referri."

Der vorhergegebene engere Begriff, ist der reine Begriff der Imputation. Es ist hier von weiter nichts, als von der Beziehung der Handlung auf das freie Subject, die Rede; es ist hier durchaus noch keine Rücksicht auf Belohnung und Strafe, auf Verdienst oder Schuld zu nehmen und es entsteht nichts als Verwirrung, wenn man diese Rücksichten schon in dem Begriff von Imputation überhaupt aufnimmt, wie unter den ältern Thomasius *) Darjes **) u. s. w. und unter den neuern vorzüglich Grolman ***) gethan haben.

Wenn

*) *Fund. jur. nat. L. 1. c. 7. §. 27.*

**) l. c. §. 16.

***) l. c. wo er §. 28. sagt: Zurechnen (auf eines Rechnung schreiben) heißt erklären, daß einer für etwas stehen müsse und könne. Ausserdem ist der Begriff dunkel und schwankend.

Wenn man nun aber die That und das Subject als Ursache derselben auf ein Pflichtgesetz bezieht und jene als unter diesem enthalten denkt, so entsteht der Begriff von Schuld oder Verdienst, je nachdem die Handlung entweder dem Gesetze widerspricht oder ihm gemäß ist. Jede Uebertretung eines Pflichtgesetzes ist eine Schuld (reatus), jede Befolgung desselben ist ein Verdienst im weitern Sinne dieses Worts. Soll aber das Subject selbst für schuldig oder für das Gegentheil gehalten werden, so muß die That aus wirklicher Freiheit geschehen seyn, weil Freiheit die Bedingung der Moralität ist, und ohne diese zwar Legalität oder Illegalität (äussere Gesetzmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit) aber keine Moralität oder Immoralität *) der Handlung vorhanden seyn kann. Wenn nun eine dem Gesetze widersprechende oder ihm gemäße Handlung auf das Subject als freie Ursache bezogen wird; und mit diesem Urtheile, das Urtheil über die Schuld oder das Verdienst des Subjects verbunden ist; so giebt dies den Begriff von der Zu-

*) Ueber die Begriffe von Legalität und Illegalität, Moralität und Immoralität. S. Schmidts Moral. 3te A. S. 569. dessen Wörterbuch sub voc. Legalität.

Zurechnung zum Verdienst oder zur Schuld, welche dadurch von der reinen Imputation verschieden ist, daß die Beziehung der Handlung auf die Freiheit als Grund des practischen Urtheils über Strafwürdigkeit oder Verdienstlichkeit der Handlung betrachtet wird. Diese Imputation besteht daher aus zwei Urtheilen: 1) aus dem Urtheile der reinen Imputation, welche man auch ganz schicklich *imputatio facti* nennen kann, in welchem blos bestimmt wird: daß das Subject freie Ursache der That sey. 2) Aus dem Urtheile, durch welches bestimmt wird, daß das Subject, wegen dieser Beziehung der That auf seine Freiheit, in Schuld oder in Verdienst sey *). Das erste Urtheil ist rein-theoretisch, indem es blos bestimmt, was geschehen ist. Das zweite ist practisch, oder vielmehr pragmatisch, indem es aus jenem theo-

*) Duo in *imputatione plena* distinguenda sunt, *primum* est actus, quo existentia vel non existentia ad alicujus voluntatem refertur, seu quo aliquis pro auctore facti declaratur: *alterum* est actus, quo merita determinentur, quae ad auctorem pertinent — Ex quo manifestum est, imputationem facti et imputationem juris, non esse imputationis species sed diversos actus in imputatione plena distinguendos. — *Darjes* obs. Tom. II. obs. XLII. §. 21.

theoretischen Urtheil bestimmt, was nach der (moralischen) Ordnung geschehen soll. Diejenige Imputation (imp. facti) nun welche zu diesem Zwecke geschieht, nennen unsere Philosophen und Juristen imputatio juris. Das Wort könnte uns an sich ganz gleichgültig seyn; allein bei alle dem scheint es uns doch sehr bedenklich, weil man durch diese Benennung sehr leicht einen sehr unrichtigen Satz erschleichen, oder weil es doch zu Vorurtheilen und zu einer Verwirrung von Begriffen Anlaß geben könnte. Nennt man nemlich diese Imputation eine imputatio juris, eine Zurechnung zum rechtlichen Erfolge, so nimmt man stillschweigend an, was noch gar nicht erwiesen ist und doch so sehr des Beweises bedarf; daß nemlich diese Imputation juridisch sey und in das Forum des äussern Gerichts gehöre; oder, um deutlicher zu reden, daß die Freiheit, welche das Wesen der Imputation (imputatio facti) ist, und auch wie gezeigt worden, Grund von der Schuld oder dem Verdienste nach innern moralischen Gesetzen ist, zugleich der Grund der äussern Strafbarkeit, und mithin dies Urtheil, durch welches wir wegen der Freiheit ein Subject für strafbar oder für belohnungswürdig halten, nicht blos ein moralisches, sondern auch ein rechtliches Urtheil

sey.

sey. — Ein Vorurtheil, gegen dessen Wahrheit schon darum eine sehr starke Präsumtion, wir möchten fast sagen — ein sehr starker Beweis vorhanden ist, weil Principien der Moral nicht Rechtsprincipien seyn können. Doch dies mag noch an seinen Ort gestellt seyn. Uns liegt jetzt nur daran, Mißverständnisse zu verhindern, damit nicht durch Worte Sachen verwirrt werden. Es wird uns daher erlaubt seyn, das was man bisher *imputatio juris* nannte, practische Imputation, oder, wenn man das Alte lieber hat, mit den Alten *imputatio ad effectum*, zum Unterschied von der *imputatio ad actum*, zu nennen.

Diese zerfällt übrigens in die Zurechnung zum Verdienst und in die Zurechnung zur Schuld und die Begriffe von beiden Arten sind aus dem vorhergehenden klar. Mehrere unterscheiden noch eine *imputatio facti proprii* und *imputatio facti alieni* *). Jenes ist diejenige Imputation, durch welche einem Subjecte eine von ihm

*) S. Hufeland Naturrecht. 2te Aufl. 601. — Aeltere nennen die imputatio facti proprii auch imputatio *simplex*; die imp. facti alieni, imputatio *permutatoria*. S. *Darjes* l, c, §. 24.

ihm selbst begangene Handlung zugerechnet wird; dieses aber diejenige, durch welche eine von einem andern Subjecte begangene Handlung als Effect auf seine Freiheit bezogen wird. Der ganze Unterschied scheint mir völlig unbedeutend. Denn wenn einmal die Imputation in der Beziehung eines Factums auf die Freiheit des Subjects besteht, so ist es ja völlig gleichviel: ob dies Factum durch die Handlung eines andern, oder durch die Handlung des Subjects hervorgebracht worden, wenn nur die Freiheit desselben hinreichender Grund von der Existenz jenes Factums ist *).

Was ist nun aber wohl das Problem, welches der Lehre unsers peinlichen Rechts, in welchem man allgemein von der Zurechnung handelt, zum Grunde liegt? Welche Frage sucht man durch die Darstellung der Imputationslehre zu beantworten? — Wir haben Strafgesetze, und diese ihrem Inhalte nach darzustellen, ist der Gegenstand der Criminalrechtswissenschaft **). Diese muß daher (weil das

*) *Ulrich* jus. nat. §. 133.

**) Im Vorbeigehen gesagt! Wenn es zu der Existenz einer jeden Wissenschaft gehört, daß sie ihren bestimmten Gegenstand, ihre genau bezeichneten Grenzen

das Strafgesetz aus zwei Theilen besteht, nemlich aus der Bestimmung der Voraussetzung, an welchen eine rechtliche Folge geknüpt werden soll, und aus der Bestimmung der rechtlichen Folge selbst) nicht nur die Natur der Verbrechen, als rechtlicher Bedingungen, gehörig darstellen und entwickeln, sondern auch die rechtliche Folge selbst, die Strafe, nach ihren gesetzlichen Bestimmungen darstellen *).

Sollte

zen habe; kann unser Criminalrecht auch nur in dieser Hinsicht eine Wissenschaft genannt werden? Ist es die Wissenschaft der Verbrechen und der peinlichen Strafgesetze? Unmöglich, denn es spricht auch von vielen Handlungen, die keine Verbrechen, sondern bloße Policeivergehungen sind; es handelt auch von Wucher, von Hurerei ꝛc. hat es alle, unter was immer für Strafgesetzen stehende Handlungen zum Gegenstande? Auch das nicht. Es giebt gar viele, selbst von Reichsgesetzen unter Strafe verbotene rechtswidrige Handlungen, deren es mit keinem Wort erwähnt. Die Verletzung der Lehnstreue ist sogar ein Verbrechen: und doch sucht man es in dem peinlichen Rechte vergebens. Nach dem ersten Begriff enthält es also zu viel, nach dem letztern zu wenig und hat mithin noch nicht einmal das erste Erforderniß einer Wissenschaft erfüllt. Hierauf hat mit gutem Grund Hr. Tittmann Versuch über die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts. Leipz. 1798. §. 3. aufmerksam gemacht.

*) Man hat daher nicht Unrecht, das Criminalrecht die Wissenschaft von dem Verbrechen (im weitern Sinne

Sollte denn aber wohl überall, wo nur die äussere, in dem Gesetz bestimmte Handlung, vorhanden ist, auch sogleich die gesetzliche Strafe statt finden können? sollten nicht in der Natur der Strafe oder des Strafgesetzes gewisse wesentliche Bestimmungen vorhanden seyn, welche die Beschaffenheit der Anwendung des Gesetzes genauer bestimmten und eben hiedurch beschränkten? Es müssen doch wohl

Sinne des Worts) und Strafen zu nennen. Doch kann man es der Natur einer Rechtswissenschaft gemäßer, so bestimmen: es ist die Wissenschaft von den Rechten des Staats aus Strafgesetzen, gegen diejenigen, welche Rechte verletzt haben. Durch diese Bestimmung, deren Gültigkeit durch die Natur der Strafe gerechtfertigt wird, ist zugleich der Streit entschieden, zu welchem Theile der Jurisprudenz das CR. zu rechnen sey, ein Streit, aus welchem sich H. Zachariä nur dadurch zu retten glaubt, daß er dieses Criminalrecht als einen Theil der Staatsmoral betrachtet. Das C. R. gehört zum öffentlichen Rechte, weil es Rechte der Staatsgewalt darstellt, ist dem Privatrecht geradezu entgegengesetzt und dem Staatsrechte, dem Völkerrechte (ebenfalls ein Theil des öffentlichen Rechts) coordnirt. Im Ganzen ist dies auch die Meinung Anderer cf. Hugo Lehrb. des civ. Cursus. 1 Bd. §. 5 Stübel System des allgemeinen peinlichen Rechts. 1. Thl §. 29 Besonders Hufeland Abriß der Wissenschaftskunde. §. 44.

wohl zu den objectiven Eigenschaften des Factums auch noch Eigenschaften der Person vorhanden seyn, von welchen nächst der Strafbarkeit der That auch noch die Strafbarkeit des Subjects abhängt. Es widerspricht doch gleich dem gesunden Menschenverstande, (und dieser hat immer, wenn auch nicht in der Wissenschaft, doch vor derselben seine Stimme) wenn man sich denkt, daß auch Kinder, Wahnsinnige, Rasende, kurz alle die, welche entweder nicht das Bewußtseyn des Strafgesetzes haben konnten, oder die Handlung, die sie begiengen, sich nicht unter demselben enthalten dachten oder denken konnten; — daß alle diese Verbrecher seyn und als solche bestraft werden sollten. Unmöglich konnte doch gegen diese das Strafgesetz gerichtet werden; da dieses die Absicht hat durch die Vorstellung der Strafe abzuschrecken und ein solcher Zweck bei solchen Voraussetzungen gar nicht gedacht werden kann. Es ist daher die Pflicht des peinlichen Rechts, diese Fragen zu beantworten, diese Gründe der Anwendung des Strafgesetzes, wenn es solche giebt, wissenschaftlich zu begründen, darzustellen und zu entwickeln. —

Aber noch mehr! wir haben unbestimmte Strafgesetze; wir haben Verordnungen welche

zwar

zwar die zu bestrafende gesetzwidrige Handlung bestimmen, aber die Strafe selbst unbestimmt lassen und der Willkühr des Richters anheim stellen. Diese Willkühr kann wohl nicht eine blinde, ohne vernünftige Gründe sich bestimmende Willkühr seyn. Ein Gesetz, welches diesen Sinn hätte, wäre ein unvernünftiges Gesetz, das sich selbst und allem Rechte widerspräche *). Das unbestimmte Gesetz kann daher nichts anders wollen, als daß die Strafe in concreto nach gültigen (auf bürgerliche Strafe sich beziehenden) Gründen bestimmt werden solle. Diese Gründe müssen daher aufgesucht, und müssen wissenschaftlich dargestellt werden, wenn sie ein sicherer Leidfaden für die Anwendung seyn sollen. Das Aufsuchen derselben ist das Geschäft des philosophischen Rechtsgelehrten, ihre wissenschaftliche Begründung und Darstellung ist ein Object des peinlichen Rechts. In diesem Gebiete der Jurisprudenz muß es daher eine Lehre von der Anwendung der Strafgesetze geben: und, weil diese Anwendung durch die Gründe von der Strafbarkeit

der

*) *Joh. Matth. Martini* Diss. de judice cauto in determinandis poenis arbitrariis Bütz 1783. 4. — *Joh. Pet. Bucher* Diss de arbitrio judicis non omnimode arbitrario, Rint. 1776. 4.

der Handlungen bestimmt wird, so kann sie nichts anders, als die Darstellung und Entwickelung dieser Gründe der Strafbarkeit zu ihrem Objecte haben. Wer zweifelt wohl, daß dies das Object der sogenannten Imputationslehre sey? haben unsere Rechtslehrer dabei einen andern Zweck, und können sie einen andern haben, als den die Möglichkeit von der Anwendung der Strafe überhaupt und die Größe der Strafbarkeit der Handlungen dadurch zu bestimmen?

Das Problem, welches man hier aufzulösen hat, wäre also folgendes: welches sind die Gründe der äussern Strafbarkeit? oder, welches sind die nothwendigen Merkmale einer Handlung, aus welchen die äussere Strafbarkeit derselben erkannt wird? —

Diese Frage ist daher gar nicht zu verwechseln mit der: welches sind die Gründe der Imputabilität der Handlungen? Viele Rechtslehrer haben, wie man wohl sieht, beide mit einander verwechselt und halten die eine mit der andern für gleichbedeutend. Kein Wunder, wenn sie sich des Beweises für die Nothwendigkeit einer Imputationslehre in dem peinlichen Rechte für

über-

überhoben glauben und uns ohne Beweis die Freiheit für den Grund aller äussern Strafbarkeit ausgeben. Wenn man beide Fragen für identisch hält: so hat man die Antwort schon in die Frage selbst aufgenommen und ohne Untersuchung darüber entschieden, daß die äussere Strafbarkeit auf der Imputation (im obigen Sinne des Worts) beruhe. Und dann braucht man nur auf diese petitio principii weiter zu bauen, braucht nur diesen erschlichenen Grund-Begriff zu entwickeln, um eine Lehre des peinlichen Rechts zu haben, von der man aber nicht begreiffen und niemanden beweisen kann, wie und warum sie hineingekommen sey *). Beide Fragen

*) Mehrere Rechtslehrer nehmen sogar die Imputabilität der Handlung schon unmittelbar und ohne allen Beweis in den Begriff eines Verbrechens (crimen) zum Unterschied von einem bloßen Vergehen (delictum) auf. Zu diesen gehört *Nettelbladt in syst. elem. univers. jur. positiv. Tom. II.* §. 443. — *Engau Element. jur. crim. L. I.* §. 14. und *Heister Diss. de justis poenam mitigandi causis in criminibus* (Hal. 1752.) §. 1. — Ein herrliches Mittel ein Princip in eine Wissenschaft einzuführen und aus ihm zu folgern, ohne es erwiesen zu haben. Man braucht alsdann nur den Begriff von einem Verbrechen in seine Theile zu zerlegen, braucht nur zu sagen, daß nur die Imputativität in der Beziehung der Handlung auf die Freiheit bestehe — und das Gebäude ist ohne Kopfbrechen begründet.

Fragen müssen daher wohl von einander unterschieden werden. Die letzte ist nur eine Antwort auf die erste, ob sie gleich, wie wir nachher zeigen werden, eine durchaus falsche Antwort ist. Man vergönne es uns also, das obige Problem in folgendes auflösen: Ist die Imputation ein Grund der äussern Strafbarkeit? oder sind es andere Gründe, welche die äussere Strafbarkeit bestimmen? Ob Imputation der rechtliche Grund für die äussere Strafbarkeit sey? ob eine Handlung auf Freiheit bezogen werden müsse, wenn sie gestraft werden soll? ob nach dem Grade der Freiheit die Größe der Strafbarkeit beurtheilt werden soll; oder ob von andern Gründen sowohl die Strafe überhaupt, als auch die Größe derselben abhängt? dies sind lauter Fragen altioris indaginis, die erst nach einer genauen Untersuchung über die Natur der Strafe und des Strafgesetzes, nach einer scharfen Unterscheidung des äussern und innern Forums, der Principien dieses und der Principien jenes entschieden werden können. Ich bitte diese Bemerkung (so sehr sie auch für den trivial seyn mag, der alles von selbst mit scharfen Augen faßt) ja nicht zu übersehen und wohl zu überdenken. Denn wer einmal mit der vorgefaßten

Mei-

Meinung, daß die Imputation schlechterdings Grund der äussern Strafbarkeit seyn müsse, unsere folgenden Untersuchungen übersieht; wer sogar Strafbarkeit und Imputabilität für identische Begriffe hält und daher von jener diese selbst nicht in Gedanken trennen kann; dem muß in der That nichts sonderbarer vorkommen, als ein Kopf, der erst das untersucht, worüber der Seinige schon so unbedingt entschieden hat; der sogar das bezweifelt, wovon er das Gegentheil nicht einmal zu denken vermag. —

Denken wir an die moralische Strafbarkeit wollen wir die Strafwürdigkeit der Immoralität, der Verletzung innerer Gesetze bestimmen; so ist dieses freilich unmöglich, ohne die Handlung auf die Freiheit zu beziehen; denn ohne Freiheit ist gar keine Moralität oder Immoralität denkbar. Umgekehrt aber, wo wir eine unmoralische Handlung, eine Verletzung sittlicher Gesetze durch Freiheit wahrnehmen, mithin eine solche Handlung physisch imputirt haben, — da associirt sich sogleich die Vorstellung von der (moralischen) Strafbarkeit derselben. Denn die Beziehung einer illegalen Handlung auf Freiheit giebt den Begriff von der Immoralität

ralität derselben; in dem Begriffe der Immoralität ist aber schon der Begriff von Glücksunwürdigkeit enthalten, so daß wir durch jenes auch zugleich dieses denken müssen. Imputabilität und Strafbarkeit bestimmen sich wechselseitig in unsern moralischen Urtheilen über eine That, in unsrer Betrachtung derselben, als einer unmoralischen Handlung. Eben dies muß der Fall seyn, wenn wir das Verbrechen als unmoralische Handlung, mithin nicht als Verbrechen, sondern als Verletzung der Gesetze des Gewissens betrachten. — Und dieser Betrachtung kann sich nie der gemeine Verstand enthalten. In dem Verbrecher, den wir vor uns haben, sehen wir nicht blos den Verbrecher, sondern zugleich den bösen und unmoralischen Menschen. Wir urtheilen nie blos als Bürger und als Glieder der beleidigten Gesellschaft über ihn; als Menschen richten wir am liebsten und unwiderstehlichsten über den Menschen. Bei jeder Gelegenheit dringen sich uns die moralischen Principien auf, führen uns unvermerkt auf den Standpunkt des Gewissens und nur anhaltende Reflexion, durch fest bestimmte Grundsätze geleitete Vernunft kann uns in die Sphäre der reinrechtlichen Beurtheilung führen und uns in derselben fest erhalten. Wenn also der gemeine Verstand über ein Verbrechen oder

einen

einen Verbrecher urtheilt, kann er etwas anders als die Freiheit (das Princip der moralischen Beurtheilung) als den höchsten Grund der Strafbarkeit betrachten? So ist es wirklich. Wir halten einen Verbrecher für strafbar, weil wir eine freie Uebertretung an ihm gefunden zu haben glauben; wir entschuldigen ihn und unser Gefühl ist Mitleid, wenn wir jene Freiheit entweder gar nicht, oder in einem sehr verringerten Grade, in ihm zu finden meinen. Eine andere Ursache, warum der gemeine Verstand den Grund aller Strafbarkeit in der Freiheit sucht, liegt in der Natur der rechtlichen Gründe der Strafbarkeit selbst. Die Gründe der rechtlichen Strafbarkeit sind, wie unten erwiesen werden soll, lediglich solche, die nur durch Untersuchung gefunden und aus der Natur der Strafe und des Strafgesetzes entwickelt werden müssen. Das Bewußtseyn dieser Gründe ist nicht in dem menschlichen Gemüth selbst unmittelbar enthalten; es setzt Wissenschaft und Gebrauch der philosophirenden Vernunft voraus. Das sittliche Gefühl des Menschen hat daher darüber gar keine Stimme und darum kann das Princip der Strafbarkeit, nach welchen es bei Verbrechen urtheilt, kein anderes seyn, als das moralische, welches ein jeder in seinem Busen trägt, welches mit dem Sittengesetz

und

und dem Gewissen eines Jeden unzertrennlich zusammenhängt, und dessen Bewußtseyn sich sogleich in ihm regt, als ein Gegenstand desselben vorhanden ist. Eben dies sind nun die Ursachen, warum die Vorstellungen von Freiheit und Strafbarkeit als die Folge derselben so innig mit einander verwebt sind; warum wir uns beide Begriffe immer in Gemeinschaft denken, und sobald wir ein Verbrechen betrachten, nach dem unmittelbaren Ausspruch unsers Gefühls, seine Strafbarkeit und die Größe desselben — aus der Freiheit beurtheilen. Es ist der gemeine Verstand, welcher hier in uns spricht und dieser gemeine Verstand urtheilt nach moralischen Principien, nach welchen Freiheit und Strafbarkeit, Strafbarkeit und Freiheit unzertrennlich mit einander verbunden sind.

Wir muthen es noch niemand zu, hier schon einen moralischen und rechtlichen Standpunkt mit uns zu unterscheiden und die Imputation blos als einen Grund der moralischen Strafbarkeit zu betrachten. Denn bewiesen haben wir noch nichts. Aber wir haben doch gezeigt, daß Freiheit das Princip der moralischen Strafbarkeit sey und haben die Gründe angegeben, warum es uns gewöhnlich ist, mit der Strafbarkeit den Begriff von Zurechnung

zu verbinden. Wir haben daher die Quelle des Irrthums und des Vorurtheils angegeben und können doch so viel mit Recht einem jeden zumuthen, daß er sich durch jenes Gefühls, durch jenen Ausspruch des gemeinen Verstandes nicht abhalten lasse, ohne Vorurtheil unsrer Untersuchung zu folgen und über das Resultat oder nur über die Möglichkeit derselben blos darum abzusprechen, — weil dies allen Begriffen von Strafbarkeit und Imputation widerstreite. Diese Begriffe sind an und für sich ganz richtig. Aber wer kann es abläugnen, daß sie ursprünglich nur moralische Begriffe sind? Es ist daher sehr nothwendig und einem denkenden Kopfe, dem es um erwiesene Wahrheit zu thun ist, höchst anständig, zu untersuchen: ob denn diese moralische Begriffe auch rechtliche Begriffe seyen? ob der Grund, welcher die Strafbarkeit nach innern Gesetzen bestimmt, auch ihre Strafbarkeit nach äussern Gesetzen bestimme? Das Forum *externum* und *internum*, die Beurtheilung einer That nach moralischen und nach rechtlichen Begriffen, sind doch wesentlich von einander verschieden, und sollte daher nicht eine genaue Beantwortung jener Frage allen Theorien vorangehen müssen? Es ist keine Arroganz, wenn ich sage, daß wer hierauf nicht bereitwillig mit ja antworten

kann,

kann, wer hier immer nur an Worten und einmal aufgefaßten Begriffen nagt; daß für den diese Bogen nicht geschrieben sind und daß für den und von dem überhaupt nichts zu hoffen ist.

Ich kehre nach dieser etwas langen, aber sehr nothwendigen Abschweifung zu der eigentlichen Absicht dieses Kapitels zurück. Ich frage zunächst: welches ist der Zweck dieser Lehre, von den Gründen der Strafbarkeit der Handlungen? Sie ist, wie in dem vorhergehenden gezeigt worden, Object der Rechtswissenschaft und muß daher auch, wie dies die Natur einer Rechtswissenschaft mit sich bringt, aus wirklichen Rechtssätzen bestehen. Diese Lehre bestimmt daher, was wirklich Rechtens ist, bestimmt die Gründe der Strafbarkeit, in so ferne sie rechtlich-nothwendige Gründe der Strafbarkeit sind. Diese Gründe sind also Normen für den Richter in der Anwendung der Strafgesetze; nach ihnen soll er bei unbestimmten Strafgesetzen bestimmen, welches die Größe der Strafe eines besondern Falls seyn müsse; nach ihnen soll er überhaupt beurtheilen, wann das Strafgesetz und die Strafe ihrer Natur nach statt haben könne. Aber nicht blos der Richter, sondern auch der Gesetzgeber beurtheilt und bestimmt die Strafbarkeit der Hand-

Juns

lungen. Dieser hat nicht blos zu erklären, welche Handlungen strafwürdig seyn sollen; sondern er hat auch die Strafe festzusetzen, welche auf jene Handlungen folgen soll. Dieses Geschäft kann eben so wenig willkührlich seyn, als das Geschäft des Richters bei der Anwendung der Strafe. Es muß also Principien geben, nach welchen beurtheilt wird: ob und in welcher Quantität eine Strafe statt haben solle? Giebt es solche Principien nicht, oder werden sie nicht wirklich befolgt; so ist alle Strafgesetzgebung ein Werk der bloßen Willkühr, welche keine Grenzen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit anerkennt, welche ohne Grund Bestimmungen giebt und daher vor der Vernunft nicht bestehen kann. Sane si leges revera reipublicae parentes sunt (quem admodum sunt profecto) requiritur omnino, ut pro ratione delictorum poenas etiam constituant: nequaquam vero immanem aliquam multoque quam pro delicti modo graviorem poenam imponant *). Unter der Voraussetzung also, daß es Principien giebt, welche der Gesetzgebung selbst zum Grunde liegen und nach welchen der Gesetzgeber die Strafbarkeit der Handlung überhaupt beurtheilt, so können wir eine zweifache Art der Strafbarkeit unter-

*) Nov. Leon. 105.

unterscheiden, wovon man die eine die Strafbarkeit der Handlungen *in abstracto*, die andere aber die Strafbarkeit der Handlungen *in concreto* nennen kann, je nachdem wir uns entweder den Gesetzgeber oder den Richter als das Subject der Beurtheilung denken. Strafbarkeit (punibilitas) einer Handlung im allgemeinen ist diejenige Eigenschaft derselben, durch welche sie Grund der Nothwendigkeit und rechtlichen Möglichkeit einer Strafe ist; Wenn man nun die Strafbarkeit einer bestimmten Handlung erwägt; wenn also jene Merkmale an einer als Factum gegebenen speciellen Handlung erkannt werden, so haben wir die Strafbarkeit der Handlungen in concreto. Sie ist aber Strafbarkeit in abstracto, wenn sich jene Merkmale an einer im allgemeinen vorgestellten Handlung finden, oder, um bestimmter zu reden, wenn die in dem bloßen Begriff der Handlung enthaltenen Prädicate, als Grund der Nothwendigkeit und rechtlichen Möglichkeit einer gewissen Strafe erkannt werden. Wer die Strafbarkeit eines wirklichen Diebes erwägt, beurtheilt die erste, wer die Strafbarkeit eines Diebstahls überhaupt untersucht, beurtheilt die zweite. Daraus ergiebt sich von selbst, daß es in so ferne auch eine zwiefache Art von Gründen der Strafbarkeit geben müsse. Die

strafbare Eigenschaft einer gewissen Handlung überhaupt ist ein Grund der Strafbarkeit in abstracto; die strafbare Eigenschaft einer bestimmten, gegebenen Handlung ist ein Grund der Strafbarkeit in concreto.

Wenn also gleich sowohl die Gesetzgebung als auch die Urtheile des Richters in Beziehung auf Strafbestimmungen, durch Gründe der Strafbarkeit begründet werden, so finden sich doch folgende wesentliche Unterschiede von beiden. Nemlich: 1) Der Richter hat nur bestimmte Facta zu bestrafen, in so ferne er blos die Gesetze auf concrete Fälle anzuwenden hat. Er beurtheilt nur die Strafbarkeit der Handlungen in concreto. Der Gesetzgeber hat Handlungen im allgemeinen zum Gegenstande, nicht aber gegebene Facta: er also beurtheilt die Strafbarkeit der Verbrechen in abstracto. 2) Die Gründe der Strafbarkeit, in so ferne sie Principien der Gesetzgebung sind, bestimmen die Gesetzgebung selbst, determiniren die Strafe überhaupt und die Größe derselben in dem Gesetz. Die Gründe der Strafbarkeit, als Principien für das richterliche Urtheil, bestimmen die Anwendung des Gesetzes und determiniren die Strafe für einen concreten Fall. Das richterliche Urtheil über die Strafbarkeit

(Imputation) besteht, wie Köhler *) sehr richtig bemerkt, aus einem Vernunftschluß, in welchem das Gesetz der Obersatz, das concrete Factum der Mittelsatz, die Conclusion die rechtliche Folge ist. Bei dem gesetzgeberischen Urtheil über die Strafbarkeit der Handlungen in abstracto ist es umgekehrt. Die Principien von der Strafbarkeit der Handlung sind der Obersatz des Urtheils; die Handlung ist der Mittelsatz; das Gesetz ist die Conclusion. — Will man nun das Urtheil über die Strafbarkeit einer Handlung, (im uneigentlichen Sinne) Imputation nennen; so kann man mit gutem Grunde eine politische (gesetzgeberische) und eine rechtliche (richterliche) Imputation unterscheiden; und unter jener die Beurtheilung der Strafbarkeit der Handlungen in abstracto; unter dieser aber die Beurtheilung der Strafbarkeit derselben in concreto verstehen. Allein ich werde mich dieser Terminologie nicht bedienen, weil der Begriff der Imputation die Beziehung auf die Freiheit als Grund der Strafbarkeit und zwar einer gegebenen Handlung, in sich enthält und daher leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben könnte.

*) *Exercitationes juris nat. Ex. III. §. 379. 386.*

könnte. Und was kommt es denn auf Worte an, wenn wir nur die Sache haben?

Nun aber entsteht die Frage, zu deren Vorbereitung das unmittelbar Vorhergehende dienen sollte; nemlich: welches ist die Quelle, aus der wir die Gründe der rechtlichen Imputation schöpfen müssen? — eine Frage, die im eigentlichen Sinne eine Präliminar-Frage ist, weil wir vor ihrer Beantwortung keinen festen Schritt in der Darstellung dieser Gründe selbst thun können und die wohl mehr Aufmerksamkeit verdient, als man ihr bisher geschenkt hat. Man philosophirt hier, man stellt philosophische Principien auf, ohne sich eben darüber Rechenschaft gegeben zu haben: ob und warum man denn hier philosophiren dürfe und welches die Grenzen seyen, welche der Philosophie durch die Natur das Gegenstandes gesetzt werden? man philosophirt, ohne vorher den Boden zu untersuchen, auf welchem man bauen will, ohne das Princip zu bestimmen, von welchem alles Raisonnement ausgehen muß.

Daß hier die Philosophie unsre größte, vielleicht unsre einzige Stütze sey; haben alle Rechtslehrer mit Recht anerkannt. Von positiven Gesetzen sind

wir hier fast ganz verlassen, und es läßt sich kein einziges aufzeigen, welches auch nur mit einiger Bestimmtheit sich über die Art der Anwendung der Strafgesetze im allgemeinen erklärte. Sie sind entweder unbestimmt, oder sie gehen nicht auf das allgemeine, sondern nur auf einzelne Fälle. Um daher dem Richter einen vollständigen und sichern Leitfaden zu geben, müssen wir über die ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze hinausgehen, müssen aus allgemeinen Principien unsre Grundsätze ableiten und können auf die einzelnen ausdrücklichen positiven Bestimmungen nur in so ferne Rücksicht nehmen, als nöthig ist, um unsere Theorie zu vervollständigen, nach positiven Gesichtspunkten zu berichtigen und zu bestätigen. Aber von welcher Beschaffenheit müssen denn diese allgemeinen Principien seyn, wenn sie Gegenstand des Criminalrechts seyn können?

Unser Criminalrecht ist ein Theil der positiven Rechtswissenschaft und muß daher auch positive Rechte, d. h. solche die durch Willkühr bestimmt, oder doch in einer gesetzgeberischen Willkühr enthalten sind, zu ihrem Gegenstande haben. Das erste Gesetz einer jeden wissenschaftlichen Behandlung, welches sich aus der Natur einer Wissenschaft

überhaupt unmittelbar ableiten läßt, besteht darinn, daß die Wissenschaft nicht nur vollständig, sondern auch rein vorgetragen werde; daß nicht nur nichts Einheimisches, wesentlich in sie gehöriges ausgeschlossen; sondern auch nichts Fremdartiges in sie aufgenommen werde. Wer mag das eine Wissenschaft nennen, wo ganz fremdartige Erkenntnisse unter einander geworfen sind und was in andern Gebieten einheimisch ist, hier als Fremdling herrscht? So auch die positive Rechtswissenschaft in allen ihren Theilen. Sie ist von andern Wissenschaften nicht nur dadurch unterschieden, daß sie vollkommene Rechte und Verbindlichkeiten lehrt; sondern auch dadurch, daß sie positive vollkommene Rechte und Verbindlichkeiten lehrt. Wir widersprechen daher der Natur der Jurisprudenz und zerstören die Reinheit derselben, eben so sehr, wenn wir Rechtssätze, die keine positive Rechtssätze, nicht in dem Willen des Gesetzgebers enthalten sind, in sie aufnehmen; als wenn wir Sätze, die gar keine Rechte und Verbindlichkeiten bestimmen, in sie aufnehmen. Daraus folgt denn in Beziehung auf das natürliche Recht 1) daß in die positive Jurisprudenz nicht solche natürliche Rechtsätze aufgenommen werden dürfen, welche den positiven Grundsätzen widersprechen. Denn

durch positive Gesetze des Staats dürfen die Bestimmungen des natürlichen Rechts dem Zweck des Staats gemäß modificirt werden: und diese positiven Bestimmungen hat die Jurisprudenz darzustellen. Gesetzt daher auch, daß die positiven Verordnungen den sogenannten legibus naturalibus absolute prohibitivis widersprächen; so dürfen diese doch eben so wenig mit Stillschweigen übergangen, als mit den natürlichen Rechtssätzen vertauscht werden. Die positive Rechtswissenschaft hat das förmliche Recht darzustellen. Dieses zu würdigen und nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ist das Geschäfte nicht des Rechtslehrers, sondern des Philosophen. Jener steht als solcher — und als solcher ist er Pfleger der Rechtswissenschaft — blos unter den Gesetzen und nicht über ihnen, und hat sie und nichts anders zum Princip für die Bestimmung der Rechtssätze, welche den Inhalt der positiven Rechtswissenschaft ausmachen sollen. Aber 2) darf auch das positive Recht nicht solche Rechtssätze aufnehmen, die zwar keinem positiven Gesetz widersprechen, aber doch schlechthin und in jeder Rücksicht natürliche Rechtssätze sind. Der Grund ist kein anderer als der: weil sie Rechtswissenschaft ist und wenn sie der Natur und den Foderungen von Wissenschaft überhaupt entsprechen will, in ihrer

ganzen

ganzen Reinheit, unvermischt mit Gegenständen anderer Wissenschaften, vorgetragen werden muß. Es ist hier nicht von der Nutzbarkeit des natürlichen Rechts für die Anwendung des positiven die Rede. Es ist schon oft und ganz richtig gesagt worden, daß der Codex des natürlichen Rechts der subsidiarische des positiven ist. Allein ganz etwas anders ist es: ob man das Recht hat die Grenzen des Naturrechts mit den Grenzen des positiven Rechts zu verwirren und die naturrechtlichen Grundsätze, blos wegen ihrer Nutzbarkeit zu einheimischen Rechtssätzen der positiven Jurisprudenz zu machen. Und so lange man nicht zeigen kann, daß entweder die positive Rechtswissenschaft keine positive Rechtswissenschaft oder daß es nicht nothwendig sey, in einer Wissenschaft, wenn sie diesen Namen verdienen soll, das fremdartige und heterogene von ihr abzusondern; so lange wird man auch jene Frage mit einem categorischen nein! beantworten müssen. — Ich weiß es sehr wohl, daß ich hier die Majorität des juristischen Publikums zu meinen Gegnern habe. Man hält es sogar für verdienstlich, sie mit recht viel *Allotriis*, utilitatis et jucunditatis gratia, zu vermischen. Man hat einen Plan für das peinliche Recht entworfen, in welchem Politik und Naturrecht, positives Recht und Philosophie der Gesetze

in

in friedlicher Eintracht neben einander wohnen sollen *): und man hat diesen Plan nicht blos gelobt, sondern bewundert und nachgeahmt. Man hat es als ein Mittel der weitern Ausbildung des praktischen Theils unsres Criminalrechts ausgegeben, diesen mit den Klugheitsregeln für den Richter, nach Grundsätzen einer Criminalpsychologie, zu versetzen **) ja man hat es als ein wesentliches Stück der Cultur des Criminalrechts angerühmt. — die Begriffe von den Verbrechen nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen und auf die unglücklichen positiven Gesetze nur darum Rücksicht zu nehmen, um ihre Einstimmung oder Nichtübereinstimmung mit jenen zu zeigen und im letzten Falle unsere Bemerkungen darüber anzubringen. ***) Wahrlich, kein Feind der Gesetze, dem es recht ernstlich drum zu thun wäre, sie durch die Wissenschaft derselben aufzuheben, könnte

*) Staatswissenschaftliche und juristische Literatur. 1795. März. S. 347.

**) Tittmann, Versuch über die wissenschaftl. Behandlung des peinl. Rechts. § 16. S. davon meine Recension in der *A. L. Z. 1798. No. 322.*

***) Tittmann l. c. §. 15.

könnte eine bessere Methode finden, als die hier gepriesene: und es könnte kein Mittel geben, durch welches die Rechtswissenschaft verwirrt und in neue Barbarei gestürzt werden könnte, als durch diese angeblichen Cultur-Methoden. Denn wenn man einmal die Grenzen der Rechtswissenschaft überschritten hat, und es verdienstlich hält, Hülfskenntnissen, blos wegen ihrer Brauchbarkeit, das Bürgerrecht in der Wissenschaft selbst einzuräumen; wer zeigt uns dann die Linie, wo wir aufhören sollen, mit diesem Bürgerrecht freigebig zu seyn? Die medicina forensis hat eben so gut darauf Ansprüche als das Naturrecht, die Criminalpolitik eben so gut wie die medicina forensis, und wenn man denn bis auf diesen Punkt consequent geworden ist, dann haben wir ein gar nützliches Aggregat von Kenntnissen, die aber eben darum, weil sie Aggregat sind, des Namen Wissenschaft sich enthalten müssen.

Man mißverstehe aber nicht die Behauptung, daß auch naturrechtliche, den positiven Gesetzen nicht widersprechende Rechtssätze in das Gebiet der Rechtswissenschaft keineswegs aufgenommen werden dürften. Es ist hier von blos natürlichen Rechten die Rede, also von solchen, die in keiner Rücksicht

als positive Rechte betrachtet werden können und blos als natürliche Rechtssätze in die Jurisprudenz aufgenommen werden sollen. Es giebt relative und absolute positive Rechte, je nachdem sie entweder durchaus positiv sind und gar nicht vorhanden seyn würden, wenn nicht die Willkühr sie bestimmt hätte, oder aber solche, welche nur von dem Gesetzgeber positive Sanktion erhalten haben. Daß diese (relativen) positiven Rechte in unsre Rechtswissenschaft gehören, wird niemand bezweifeln. Denn sie sind nicht blos als natürliche, sondern auch als positive Rechte vorhanden, in welcher letzten Rücksicht sie denn ein nothwendiger Gegenstand der Rechtsgelahrtheit sind. Was immer für eine rechtliche Bestimmung in dem Willen des Gesetzgebers enthalten und als solche erkannt wird, die ist positiv und in unserer Rechtswissenschaft einheimisch.

Ich ziehe nun hieraus eine Folge zur Beantwortung meiner obigen Frage. Die Gründe der Strafbarkeit sind nicht durch ausdrückliche positive Gesetze bestimmt; sondern müssen aus allgemeinen Gründen entwickelt werden. Da nun aber diese als solche nicht in das Gebiet der Rechtswissenschaft gehören; so können diese Grundsätze

sätze entweder gar nicht ein Gegenstand unsers positiven Criminalrechts seyn, oder es müssen Gründe vorhanden seyn, aus welchen erkannt wird, daß jene allgemeine Principien in dem Willen des Gesetzgebers enthalten, mithin stillschweigend von demselben sanctionirt sind.

Es kann etwas nur dann als stillschweigend in dem Willen des Gesetzgebers enthalten, erkannt werden, wenn dieser eine ausdrückliche Verordnung giebt, in dieser aber eine andere Bestimmung nothwendig enthalten ist, so daß sich ein Widerspruch in der ausdrücklichen Verordnung selbst fände, wenn das Gegentheil angenommen würde. So ist der Satz, daß Strafgesetze, wenn sie gültig seyn und angewendet werden sollen, müssen publicirt worden seyn, schon in jedem Strafgesetze selbst stillschweigend, aber nothwendig enthalten. Denn durch das Strafgesetz will der Oberherr — ein Strafgesetz geben; und aus der Natur eines solchen Gesetzes ergiebt sich jene Behauptung unmittelbar. Da nun der Gesetzgeber sich offenbar widersprechen würde, wenn er ein Strafgesetz gäbe und doch auch nicht die Prädikate wollte, welche in dem Begriff von

einem Strafgesetz nothwendig enthalten sind; so ist mit diesem Begriffe zugleich jener Satz stillschweigend anerkannt, und gehört, weil er ein Rechtssatz und zwar ein in dem Willen des Gesetzgebers enthaltener Rechtssatz ist, in das Gebiet einer positiven Rechtswissenschaft. Man nehme an, wir hätten kein ausdrückliches Gesetz, welches verordnete, daß Kinder (nicht blos den Jahren, sondern auch der Gemüthsart nach) den eigentlichen Strafgesetzen nicht unterworfen seyn sollten; so würde sich doch dieses auf demselben Wege, wie das vorhergehende, ergeben. Der wesentliche unabänderliche Zweck eines Strafgesetzes ist ja der, daß durch die Vorstellung der in ihm enthaltenen Strafdrohung das Begehren der That aufgehoben werde. Wie kann es also als Strafgesetz wirken, wo entweder die Vorstellung des Gesetzes, oder die Subsumtion der That unter dasselbe nicht vorhanden ist. Würde aber der Gesetzgeber sich nicht selbst und dem Begriff von Strafgesetz widersprechen, wenn er das Strafgesetz auf eine solche Person ausdehnte und mithin ein Subject abschrecken wollte, wo keine Abschreckung durch das Gesetz gedacht werden kann. Ausschließung jener Personen von dem Strafgesetz ist daher in diesem nothwendig enthalten, und der Satz, der dieses ausdrückt, gehört

hört aus dem angeführten Grunde der positiven Rechtswissenschaft an.

Der angegebene Weg ist daher auch der einzige, auf welchem die Gründe der Strafbarkeit gefunden werden können. Sie müssen als enthalten in dem stillschweigenden, obgleich nothwendigen Willen des Gesetzgebers dargestellt werden und müssen daher, weil kein anderer Grund, der den stillschweigenden und zugleich nothwendigen Willen des Gesetzgebers bestimmte, möglich ist, aus der Natur der Strafe und des Strafgesetzes entwickelt werden. Daraus fließt denn der für unsre Untersuchung sehr wichtige Satz: Nur diejenigen Gründe der Strafbarkeit sind wahr, welche sich aus der Natur des Strafgesetzes und der Strafe ergeben; alle diejenigen sind falsch, welche dieser Natur der bürgerlichen Strafe und des Strafgesetzes widersprechen. Denn gesetzt solche Gründe wären an sich noch so wahr, könnten in anderer Rücksicht noch so streng erwiesen werden: wie dürften wir sie für Rechtssätze, die unserer Wissenschaft angehören, ausgeben; und wie dürften wir sie für Grundsätze der bürgerlichen Strafbarkeit ausgeben,

wenn

wenn sie auf diese Weise nicht gerechtfertigt werden können?

Nachdem wir im allgemeinen den Weg bezeichnet haben, auf dem wir die Auflösung des Problems finden können, so wollen wir noch um einen Schritt weiter gehen, und im allgemeinen die Frage zu beantworten suchen: wie? und in wie ferne denn die Natur des Strafgesetzes selbst uns jene Principien die Strafbarkeit liefern könne? und welche Principien es sind, auf welche uns der stillschweigende und nothwendige Wille des Gesetzgebers, in Aufsuchung und Darstellung der richterlichen Gründe der Strafbarkeit, verweist? Wir haben gezeigt, daß auch der Gesetzgebung Principien der Strafbarkeit zum Grunde liegen, welche wir Gründe der Strafbarkeit in abstracto genannt haben. Wie also? sollten nicht diese Principien der Strafbarkeit in abstracto zugleich die Principien der Strafbarkeit in concreto seyn und läßt es sich nicht sehr gut denken, daß wir nur jene zu entwickeln brauchten, um zugleich auch diese zu besitzen?

Um hier nicht zu abstrakt und dunkel zu werden, wollen wir die zwei, in dem allgemeinen Problem,

das

das dieser ganzen Lehre zum Grunde liegt, enthaltenen Fragen von einander unterscheiden. Die Lehre, welche von den rechtlichen Gründen der Strafbarkeit handeln soll, muß nemlich in zwei wesentlich verschiedene Theile zerfallen, von welchen der eine die Darstellung der Gründe für die Strafbarkeit überhaupt, der andere die Darstellung der Gründe für die Grade der Strafbarkeit zu seinem Objecte hat. Jener beantwortet die Frage: welches sind die Gründe, von welchen die Möglichkeit der Strafe überhaupt abhängt? oder: wer und wann kann gestraft werden? dieser sucht die Frage aufzulösen: welches sind die Gründe, von welchen die Größe der Strafe abhängt? — Grolman *) hat diese beiden Fragen sehr gut unterschieden und abgesondert von einander, jedoch als Theil der Lehre von der Strafbarkeit der Handlungen, beantwortet. Aeltere Rechtslehrer aber, wie z. B. Koch **) schließen jenen Theil, man weiß nicht warum, von ihrer Imputationslehre aus und tragen ihn unter dem Titel: *de his qui delicta committere possunt*, ganz

*) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. S. 29—32.

**) *Inst. jur. crim.* Cap. III.

ganz besonders vor; andere, wie Quistorp *) Kleinschrod **) u a. vermischen diese Theile unter einander und sprechen in einer Reihe bald von den Gründen, welche die Strafbarkeit ganz aufheben, bald von denen, welche sie verringern oder erhöhen. Jeder sieht wohl von selbst die Nothwendigkeit einer Trennung ein. Es ist hier von ganz verschiedenen Gegenständen die Rede; es liegen zwei ganz verschiedene Probleme zum Grunde, und welcher Nachtheil muß nicht hieraus selbst für die Wahrheit der Sätze entspringen, da die Gründe für die Strafbarkeit überhaupt, von denen, welche die Größe derselben bestimmen, so gar sehr unterschieden sind.

Unsere obige Frage wollen wir zuerst in Beziehung auf den zweiten Theil dieser Lehre zu beantworten suchen. Es ergiebt sich von selbst und ist von allen Rechtslehrern eingestanden, daß die Gründe für die Größe der Strafe, besonders bei den unbestimmten Gesetzen nothwendig sind. „Saepissime judex criminalis ipsius legislatoris munere fungi debet

*) Grundsätze des peinl. Rechts. II. Kap.

**) System. Entw. 1. Thl.

debet. Quid enim aliud agit, ubi ob legum penuriam ipse ex arbitrio poenam determinat? quomodo hoc munere fungi potest, nisi doctrinam de actionum moralitate atque justa hac inter et poenas proportione in succum et sanguinem converterit?“ sagt Eckardt *). Wir dürfen daher wohl jene Frage vorzüglich von diesem Gesichtspunkte aus beantworten, ohne noch auf die Brauchbarkeit dieser Lehre bei bestimmten Strafgesetzen Rücksicht zu nehmen, welches uns schon darum unmöglich ist, weil wir gegen jene Brauchbarkeit manche Einwendungen in Bereitschaft haben. Ueberdies muß ja das, was als Princip der Strafbarkeit bei unbestimmten Strafgesetzen erwiesen ist, auch wohl als Princip derselben bei bestimmten gelten.

Das unbestimmte Strafgesetz bestimmt nicht die Strafbarkeit der Handlung in abstracto, sondern überläßt es dem Richter dieselbe in concreto zu bestimmen. Es kann damit nichts sagen, als der Richter soll nach vernünftigen Gründen der Strafbarkeit die Art und Größe der Strafe bestimmen. Unsere positiven Gesetze, besonders die Caro-

*) l. c. in praef.

Carolina, sagen dies mit deutlichen Worten. So sagt der Art. 112: „Jem welche falsch Siegel, Briefe ꝛc. machen, sollen an Leib und Leben, je nachdem die Falschung viel oder wenig, boshaftig und schädlich geschieht — gestraft werden." So auch in andern Stellen: „Nach Gelegenheit und Gestalt der Personen und unterstanden Missethat *); oder: „nach Gröss und Gelegenheit seiner Mißhandlung **); „nach Gelegenheit und Gestalt der Sachen ***) ꝛc. — Wenn nun aber den Richter bestimmte und ausdrückliche Gesetze verlassen, (welches hier der Fall ist, da sie zwar im allgemeinen seine Willkühr durch den Begriff von der Strafbarkeit einschränken, aber ihm doch die Gründe der Strafbarkeit selbst nicht ausdrücklich bestimmen) so darf er darum noch nicht ganz aus dem Kreise der positiven Gesetzgebung heraustreten, und aus was immer für andern Gründen die Principien zu seinen Urtheilen hernehmen. Er ist Richter, ist als solcher blos Diener

*) Art. 124. C. C. C.

**) Art. 127. C. C. C.

***) Art. 136. C. C. C.

Diener der Gesetze und darf nicht selbst die Gründe zu seinem Urtheile (den Obersatz in denselben) bestimmen, ohne aufzuhören Richter zu seyn und in das Geschäft des Gesetzgebers einzugreiffen. Wenn daher auch keine ausdrückliche Verordnung für einen bestimmten Fall vorhanden ist, so bleibt er doch in seinem Urtheile an die Gesetzgebung überhaupt gebunden, und muß aus ihr, wenn auch nicht aus ausdrücklichen Bestimmungen, doch aus andern gesetzlichen Gründen, den Obersatz zu seinen Erkenntnissen nehmen. Solche Gründe sind nun 1) die Analogie der Gesetze, welche in so ferne, als sie durch die Gründe der Gesetze (rationes legum) bestimmt wird, der Geist der Gesetze genannt werden kann. Diese ist vorhanden, wenn die ausdrückliche Bestimmung eines Gesetzes, wegen der Aehnlichkeit des Falls und der Identität des Grundes auf einen durch das Gesetz nicht bestimmten Fall ausgedehnt wird. So wichtig aber auch diese Analogie in andern Rücksichten ist, so wenig kann sie hier von Gebrauch seyn. Es ist hier von der Größe der Strafe, welche eine gewisse Handlung treffen soll, die Rede. Wenn nun die Analogie dieselbe bestimmen sollte, so müßte die ausdrücklich bestimmte Strafe eines andern Verbrechens, auf das Verbrechen des

unbestimmten Gesetzes angewendet werden, und dann würde die Strafe dieses Verbrechens eben so wenig unbestimmt seyn, als die Strafe des andern. Beide Verbrechen wären daher einem bestimmten Strafgesetze unterworfen und mithin müßten bei Bestrafung der That, welcher die willkührliche Strafe angedroht worden, ganz dieselben Grundsätze beobachtet werden, wie bei dem Verbrechen, auf welches der Gesetzgeber die bestimmte Strafe gesetzt hat Aus der Willkührlichkeit der Strafe, welche auf die That gesetzt ist, sehen wir aber offenbar, daß sie nicht nach unveränderlichen Bestimmungen, (welche Anwendung finden, sobald nur die allgemeinen von dem Gesetzgeber vorausgesetzten Bedingungen in concreto existiren); sondern nach den besondern Umständen eines jeden einzelnen Falls, welche bald eine größere bald eine geringere Strafbarkeit hervorbringen, bestraft werden solle *).

Diese

*) Ich kann daher dem ungenannten Verfasser des Aufsatzes: Ueber die Natur und Grenzen der richterlichen Willkühr bei Anwendung der Strafgesetze: in Hag. und Günthers Arch. 1. Bd No. 2. nicht beistimmen, wenn er behauptet, daß der Richter um die Art und Größe der Strafe bei unbestimmten Gesetzen zu finden, auf die Analogie der Gesetze sehen müsse. Ist man darüber mit sich einig, daß auch

die

Diese besondern Umstände, die Gelegenheit und Gestalt der Sachen, sollen für den Richter die Data zur Beurtheilung der Strafbarkeit seyn. Um nun diese Data gesetzlich zu beurtheilen: um zu erkennen, ob und in wie weit diese oder jene Eigenschaft der That, Grund einer größern oder geringern Strafbarkeit sey, und um zu wissen, welche Art die Strafbarkeit zu beurtheilen, den Gesetzen gemäß sey; bleibt dem Richter, wenn er sich in den Schranken der Gesetzgebung erhalten will, nichts anders übrig, als 2) der Geist der Gesetzgebung überhaupt, d. h. die Principien, welche der Gesetzgebung selbst und zwar im Allgemeinen bei Bestimmung der Strafe zum Grunde liegen. So wie also bei der Analogie der Grund des einzelnen Gesetzes das Princip des richterlichen Urtheils ist, so ist es hier der Grund der Strafbarkeit, auf welchem die Strafgesetzgebung überhaupt beruht, von welchem die Bestimmung der Strafe für einen besondern Fall abhängt. Da nun jene Principien der Gesetzgebung aus Grün-

die Praxis ein gültiges Gewohnheitsrecht begründen könne, so muß freilich der Richter diese befolgen, wenn sie die Strafe bestimmt hat. Dann ist aber nicht mehr von der Anwendung eines unbestimmten Strafgesetzes die Rede.

Gründen der Strafbarkeit in abstracto bestehen, so folgt unmittelbar der Grundsatz: die Gründe der Strafbarkeit *in abstracto* sind zugleich die Gründe der Stafbarkeit *in concreto*; oder: aus denselben Gründen, nach welchem der Gesetzgeber die Strafbarkeit beurtheilt, nach denselben Gründen muß sie auch der Richter beurtheilen.

Die Sache ist an und für sich klar; aber um desto sicherer zu gehen, wollen wir sie noch durch einige andere Argumente bestätigen.

Wenn der Gesetzgeber nach gewissen Principien die Größe der Strafe bestimmt, (und dies geschieht immer, wenn er bestimmte Strafgesetze giebt) so ist hierin, nach dem Satze des Widerspruchs, die Erklärung enthalten; daß jene Principien die Gründe seyen, nach welchen er gestraft haben wolle, nach welchen die Größe der Strafe bestimmt werden solle. Er erkennt durch die Gebung des Strafgesetzes jene Principien, als gültige Gründe der äussern bürgerlichen Strafbarkeit an. Wenn er nun ein unbestimmtes Strafgesetz giebt, was erklärt er anders dadurch, als daß nach jenen allgemeinen, von ihm anerkannten Principien der Strafbarkeit,

die

die Strafe bestimmt werden solle? — Er determinirt selbst die Strafe nach jenen Principien nicht; allein da doch die willkührliche Strafe nach Principien der bürgerlichen Strafe erkannt werden muß, da er jene Principien als Gründe für die Bestimmung der Strafe (durch die Festsetzung der Strafe nach jenen Principien bei bestimmten Strafgesetzen) anerkannt, und auch ausser diesen keinen andern Maasstab für die Strafe des unbestimmten Gesetzes dem Richter gegeben hat, was kann dieses Gesetz für einen andern Sinn haben, als den: nach den von mir anerkannten Gründen der Strafbarkeit soll die Strafe des Verbrechens in concreto bestimmt, nach denselben Principien, nach welchen ich die Strafbarkeit in abstracto bei bestimmten Strafgesetzen beurtheilt habe, soll sie bei unbestimmten Gesetzen in concreto beurtheilt werden? — Ein entgegengesetzter Sinn würde den Gesetzgeber mit sich selbst in Widersprüche verwickeln; denn sollten die gesetzgeberischen Principien der Gebrauch zur Bestimmung der Strafe nicht seyn, so müßte entweder nach gar keinen, oder nach andern Principien die Strafe in concreto bestimmt werden sollen. Daß das erste unmöglich sey, wurde schon gezeigt; durch das letzte würde der Oberherr erklären, daß die Gründe der Strafbarkeit, welche seine

bestimmten Strafgesetze begründen, Gründe der bürgerlichen Strafbarkeit seyen und doch auch nicht seyen. Das erste erklärte er durch das bestimmte Strafgesetz, das letzte durch das unbestimmte. Sind also die den bestimmten Strafgesetzen zum Grunde liegenden Principien Gründe der bürgerlichen Strafbarkeit, so müssen sie es auch dann seyn, wenn die Strafe erst in concreto bestimmt werden soll.

Sehen wir auf das Princip der Gesetzgebung seinem Gehalte nach, so wird dies über allen Zweifel erhoben. Wir haben gezeigt, daß nicht die Pflichtwidrigkeit einer Handlung, sondern allein die Gefährlichkeit derselben der Grund aller bürgerlichen Strafbarkeit sey. Denn jenes macht nur den Grund der moralischen Strafe aus, welche mit der bürgerlichen ja nicht verwechselt werden darf. Daraus folgt denn auch, daß nicht die Größe der Pflichtwidrigkeit, nicht der Grad der Immoralität der Handlung, sondern allein der Grad der Gefährlichkeit das Princip seyn können, nach welchem die gesetzliche Strafe bestimmt wird. Der Gesetzgeber will ja nicht die Verminderung der Glückseligkeit mit der Immoralität in Harmonie bringen, welches nur einem moralischen Richter zukommt,

son-

sondern er will blos von der Handlung, die mit dem Zweck des Staats in Widerspruch steht, abschrecken, muß also auch um diesen Zweck zu erreichen, die Größe der Strafe nach dem Grade der Gefährlichkeit abmessen. Kann nun wohl ein Verbrechen, dessen Strafbarkeit nur in concreto beurtheilt werden soll, einen andern Maasstab des Urtheils haben? Zwischen der Immoralität und der äussern Gefährlichkeit der Handlung giebt es kein Drittes. Sollte also nicht das Princip der Strafbarkeit in abstracto auch das Princip derselben in concreto seyn, so müßte die Immoralität die Größe der Handlung bestimmen; da nun dies aber nicht möglich ist, so muß allein die Gefährlichkeit der That der Grund seyn, aus welcher die Strafbarkeit erkannt wird, so muß also eben das Princip, nach welchem der Gesetzgeber urtheilt, auch das Princip des richterlichen Urtheils bei unbestimmten Strafgesetzen seyn. Das unbestimmte Strafgesetz, welches den Richter nicht auf diese Gründe verwiese, müßte entweder die Strafe ganz seiner Willkühr überlassen, oder es müßte ihn an die Immoralität verweisen. Da nun aber jenes unmöglich ist, und durch dieses der Gesetzgeber dem Begriff von bürgerlicher Strafe, die er doch in seinen Strafgesetzen zum Object hat, geradezu

widersprechen würde; so muß in demselben die categorische Erklärung der Nothwendigkeit, nach jenen Grundsätzen zu urtheilen, enthalten seyn.

Die Quelle, aus welcher wir diese Lehre unsers peinlichen Rechts schöpfen müssen, wäre also gefunden. Es ist dieselbe Quelle, aus welcher der Gesetzgeber selbst schöpft. Wir gelangen also an das Ziel, wenn wir die Gründe für die Größe der Strafbarkeit in abstracto untersuchen und entwickeln *).

Was

*) Aus diesem Gesichtspunkte scheint auch Klein das richterliche Geschäft der Zurechnung zu betrachten. „Bei Bestimmung der Strafe in abstracto durch den Gesetzgeber, sagte er, (Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 142.) muß sich die Größe derselben nach der Stärke der zum Verbrechen einladenden Neigungen und Bewegungsgründen richten, der Richter aber muß innerhalb der ihm angewiesenen Grenzen die Strafe in concreto nach Verhältniß der Stärke und Güte derjenigen Neigungen und Bewegungsgründe mildern (bestimmen), welche den Verbrecher zur Vollziehung der That angetrieben haben.“ — Bei Anwendung der Principien der Strafbarkeit unterscheidet sich also der Richter von dem Gesetzgeber nur durch das Object der Beurtheilung, in wie ferne dieser den Begriff der Handlung, jener eine specielle gegebene Handlung zum Gegenstande hat. Soll aber der angezogenen Stelle etwan auch der Sinn zum Grunde liegen, daß

Was nun aber von den Gründen für die Größe der Strafbarkeit gesagt worden ist, gilt eben darum auch von den Gründen für die Strafbarkeit überhaupt. Auch hier müssen wir die Natur des Strafgesetzes selbst untersuchen, und aus den Principien, welche ihm zum Grunde liegen, aus den Gründen, welche den Gesetzgeber selbst beschränken, den Umfang der Gesetze bestimmen. Finden wir also, daß nach der Natur der Strafe und des Strafgesetzes dieses nur auf gewisse Bedingungen beschränkt seyn könne, und der Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, wenn er über diese Gründe hinaus das Strafgesetz ausdehnen wollte; so haben wir hierin die Principien gefunden, welche zur Anwendung des Gesetzes in concreto erforderlich sind, und welche daher auch die Anwendung desselben einschränken. Der Unterschied dieses Falls von dem vorhergehenden ist nur dieser: dort soll aus den Prin-

daß sich die Beurtheilung des Richters auch in Rücksicht der Art der Principien für die Strafbarkeit, von der Beurtheilung des Gesetzgebers unterscheidet, wie es beinahe das Ansehen hat; so möchte ich wohl den Beweis für die Befugniß des Richters hören, nach solchen, von den Principien der Gesetzgebung selbst verschiedenen Principien der Strafbarkeit, zu urtheilen.

Principien des Gesetzgebers die Strafe selbst erst bestimmt werden; hier soll nur durch dieselben die Anwendung der bestimmten Strafe, oder, wenn ein unbestimmtes Strafgesetz vorhanden ist, die Möglichkeit einer Strafe überhaupt begründet werden; die gesetzlichen Principien für die Größe der Strafe haben nur Gebrauch für den Richter, bei unbestimmten Strafgesetzen, die Principien für die Möglichkeit einer Strafe überhaupt, haben ihren Gebrauch sowohl bei bestimmten, als bei unbestimmten Gesetzen. Ohne daß die von ihnen geforderten Bedingungen nicht vorhanden sind, kann weder eine gesetzliche noch eine willkührliche Strafe erkannt werden; aber wohl kann und muß eine gesetzlich bestimmte Strafe zuerkannt werden, ohne daß auf die Principien für die Größe der Strafbarkeit Rücksicht genommen wird.

Viertes Kapitel.

Ueber den Gebrauch dieser Lehre. 1) Von dem Gebrauch derselben bei unbestimmten Strafgesetzen. 2) Von dem rechtswidrigen Gebrauch derselben bei der Anwendung bestimmter Strafgesetze; oder von den Gründen der Milderung und Schärfung der Strafen, wegen eines verringerten Grades der Strafbarkeit in concreto.

So gewiß es ist, daß nur durch eine strenge und consequente Verwaltung der Criminaljustiz, der Zweck, welcher der strafenden Gewalt zum Grunde liegt, erreicht werden kann; so gewiß ist es auch, daß bei uns nichts so schwankend, so zweideutig und so sehr sich selbst widersprechend ist, als eben diese Criminaljustiz. Nichts ist hier gewiß und fest bestimmt, und es giebt kein Verbrechen, sey es noch so strafbar und dem Zweck der bürgerlichen

Gesells

Gesellschaft widersprechend, welches nicht, wenigstens eine über Verdienst gelinde Strafe zu hoffen hätte. Nur ein Blick auf unsere Theorie und auf unsere Praxis, auf unsere peinlichen Gerichtsstühle und auf die Rechtssprüche unserer Facultäten; und wer wird dann diese Wahrheit bezweifeln? Gewiß ist es, daß unsere Gesetze selbst hieran einen Theil der Schuld auf sich haben. Unsere Carolina, das Hauptcriminalgesetz in Teutschland, enthält nur selten eine vollständige Norm für das richterliche Urtheil. Sie bestimmt entweder nicht die Natur des zu bestrafenden Verbrechens, oder bestimmt nicht die Strafe, indem sie dieselbe lediglich dem Rathe des Rechtsverständigen überläßt *). Allein eben

*) Ihr Verfasser verdient darum nicht den harten und grundlosen Tadel, den der paradoxe Leyser über sie ausgießt; aber er verdient auch nicht das große Lob, das ihm einige neuere Rechtslehrer geben. Es ist manches Gute in der Carolina — mehr kann man nicht sagen. — Die Mängel der Carolina findet man im Ganzen gut auseinander gesetzt bei *Chr. Gothofr. Hoffmann de insignioribus defectibus jurisprudentiae criminalis Germanorum.* Frcf. ad Viadr. 1757. und in Semlers Etwas über den innern Werth d. peinlichen G. O. — In Hagemanns und Günthers Arch. 1. Thl. No. 13. Doch ließe sich hier noch manches berichtigen. Hr. Semler scheint unter andern den

eben so groß ist die Schuld unserer Rechtsgelehrten, die selbst die bestimmtesten und über alle Willkühr erhabensten Gesetze dieser Willkühr unterwerfen, den Richter über den Gesetzgeber erhoben, und durch unzählige und willkührlich ersonnene Milderungsgründe die Strenge und Consequenz der Gesetze zernichtet haben. — Beim ersten Anblick scheint dies zu entschuldigen; es scheint sogar eine gewisse Nothwendigkeit eine Pflicht der Menschlichkeit für sich zu haben. Die Gesetze unserer Carolina huldigen nur zu sehr dem Geist und den Vorurtheilen ihrer Zeiten; ihre Strenge ist oft ungerecht und trägt die Spuren eines rauhen Zeitalters, die mit einer geläuterten Philosophie und mit den Grundsätzen der Menschlichkeit sich eben nicht leicht vereinigen lassen. Dies sahen wohl die Rechtslehrer, die mit dem Zeitalter einige Schritte vorwärts gethan hatten: aber sie waren doch nicht Gesetzgeber um die vorhandenen Gesetze entweder ganz zu verwerfen oder ganz sich ihnen zu entziehen. Was blieb ihnen also übrig als ihnen in der Anwendung zu Hülfe zu kommen, und, nach Hommen

den eigentlichen Zweck der Carolina aus dem Blick verloren, und ihr darum in mancher Rücksicht Unrecht gethan zu haben.

melischem Ausdruck, sie durch Umschiffung derselben aufzuheben *)? Die sogenannten causae mitigandi, deren sie unzählige mit Criminalistenwitz erfannen und mit denen sie Theorie und Praxis überschwemmten, leisteten ihnen hiebei treffliche Dienste und die verwirrten, unrichtigen und halbwahren Begriffe von Strafen und Verbrechen, die in den trüben Jahrhunderten entstanden und durch Gewohnheit und Vorurtheil befestiget waren, gaben

*) Hommel schämt sich nicht dies gerade zu zu sagen und aus einer abscheulichen Philosophie den Richtern zu rathen die Gesetze für aufgehoben zu achten und (doch unter dem Schein der Gesetzmäßigkeit) nach dem Geiste des philosophischen Jahrhunderts ihr Urtheil zu sprechen. cf. *Hommel Rhaps.* Obs. 439. — Malblank (Geschichte der peinl. G. O. S. 249) glaubt durch folgenden Lobspruch den sonst sehr verdienten ältern Meister zu ehren: „er zeigt in seinen peinlichen Erkenntnissen überall das menschenfreundlichste Herz und besaß im hohen Grade die Stärke, seine überaus gelinden Gesinnungen mit den Gesetzen so schicklich zu vereinigen, daß man niemals eine gewaltsame Abweichung davon bemerkt und er doch überall seinen Zweck erreicht." Einen solchen Lobspruch giebt ein Rechtsgelehrter einem Rechtsgelehrten? Er heißt mit andern Worten: Meister verstand sehr die Kunst das Recht zu verdrehen und dies ist löblich! — Wie wahr ist es doch daß die Menschen lieber gütig und barmherzig als — gerecht heißen wollen! —

gaben allem diesem wenigstens den Schein der Nothwendigkeit und Gerechtigkeit. Theils verwechselte man die Strafe mit der Rache, und dachte sich die Schmerzen des Beleidigers als eine Art von Genugthuung, als einen Schadenersatz für die Schmerzen der Beleidigung *); theils aber dachte man sich das Verbrechen als eine Sünde, die von der höchsten Gewalt, als Stellvertreterin der Gottheit bestraft werden müßte **). Was mußte aus jenen Vorurtheilen geringeres folgen, als daß durch Interceßion des Beleidigten, durch Wiedererstattung der gestohlnen Sachen, durch Compensation und andere dergleichen Ursachen, die verdiente Strafe wo nicht aufgehoben, doch gemildert werden müßte? Aus der letzten Vorstellungsart mußte man aber ganz natürlich folgern, daß die Reue des Verbrechers nach begangener That ***), daß die

*) Malblank Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung. S. 27.

**) Man sieht hieraus wie sehr oft ein kleiner unbedeutender theoretischer Satz von großen Folgen seyn kann. Die origo majestatis a Deo! — Dieses Vorurtheil in dem allgemeinen Staatsrechte hat schon Tyranneu gebohren — und hat unsere Criminalgesetze zu einem Possenspiel gemacht!

***). Obgleich *L. 65. D. de furtis* ausdrücklich sagt; nemo poenitentia sua nocens esse desiit.

die Besserung und das freimüthige Geständniß desselben, daß endlich auch Mangel der Freiheit die Strafe rechtlich mildere und die plena libertas eben so wesentliche Bedingung zu der Zufügung der vollen Strafe sey, als die erfolgte Tödung eine wesentliche Bedingung zur Existenz eines Mordes ist. — Jene Meinungen sind nun zwar den Worten nach alle aus unserm peinlichen Rechte verwiesen; aber die Folgerungen herrschen noch, und wohl nur darum, weil das Princip selbst unter fremder Gestalt und unerkannt, wenn auch nicht in dem System, doch in den Gemüthern herrscht, und weil man Theorien vom Strafrechte aufstellte, ohne vorher genau den Boden untersucht und sich die Frage beantwortet zu haben: ob denn auch wohl das, was man Strafe nannte, eine wirkliche Strafe sey?

Es ist nicht meine Sache hier über die ganze Lehre von Milderungs- und Schärfungsgründen mich zu verbreiten; dieses erforderte ein eignes Werk. Ich kann diesen Gegenstand nur in so ferne berühren, als nöthig ist, die Begriffe von dem Gebrauche der sogenannten Imputationslehre zu berichtigen und die Frage zu beantworten: welches der Umfang und die Grenze jener

jener Theorie bei der Anwendung dew selben sey? in wie ferne und in wie weit sich der Richter derselben zu bedienen das Recht habe?

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Gründe für die Strafbarkeit überhaupt, (man kann diese, Gründe der absoluten Strafbarkeit nennen) sowohl bei den bestimmten als bei den unbestimmten Strafgesetzen ihre volle Anwendbarkeit haben. Soll der Richter eine arbiträre Strafe erkennen, so muß er doch, ehe noch der Grad der Strafbarkeit untersucht worden ist, darüber mit sich einig seyn, ob denn auch wohl überhaupt eine Strafe statt finden könne? und dieses kann er nicht anders als aus jenen Gründen entscheiden, aus welchen er erkennt, daß auf diese oder jene Voraussetzung der Wille des Gesetzgebers sich nicht beziehen konnte. Eben so bei der gesetzlichen Strafe. Jene Principien fließen aus der Natur eines jeden Strafgesetzes, welche es dem Gesetzgeber, wenn er sich nicht selbst widersprechen will, unmöglich macht, eine Person, die unter gewissen Bedingungen die strafbare Handlung begeht, seiner gesetzlichen Drohung zu unterwerfen. Stillschweigend, aber nothwendig, sind daher jene Gründe in

dem Strafgesetze enthalten, es muß daher die Existenz dieser Bedingungen in einem concreten Falle, eben so gewiß die Möglichkeit der Strafe begründen, als die Existenz des Factums selbst, an welches die rechtliche Folge geknüpft worden ist.

Daß bei willkührlichen Strafen auch die Gründe für die Grade der Strafbarkeit (Gründe der relativen Strafbarkeit) ihre volle Anwendung haben, ist ebenfalls unbezweifelt. Hier ist der Richter durch keine gesetzliche Verordnung bei Bestimmung der Strafe selbst beschränkt, und ist durch das Gesetz selbst an diese Principien, als Normen seines Urtheils, gewiesen. Er muß daher zwar auf das Gesetz Rücksicht nehmen, in so ferne als dieses die Handlung, welche gestraft werden soll, bestimmt, muß die gesetzlichen Voraussetzungen, die das Gesetz zu der Zufügung einer Strafe überhaupt erfordert, sich entwickeln und darf nicht eher strafen, als bis jene Prädicate an einer concreten Handlung wirklich vorhanden sind. Das Gesetz muß der Erkenntnißgrund für den Thatbestand des Verbrechens seyn. Aber um eine bestimmte Strafe zu erkennen, muß er auf den concreten Fall und auf die durch denselben gegebenen Merkmale für die Größe der Strafbarkeit sehen, muß

diese Merkmale mit den Principien der äussern Strafbarkeit vergleichen, und, je nachdem diese es bestimmen, eine größere oder eine geringere Strafe zuerkennen. Hier also muß er auf das Einzelne der Handlung, muß er auf alle Umstände, die auf die Strafbarkeit einigen Einfluß haben, sehen, auf die Gemüthsstimmung des Verbrechers bei der That, auf die Naturursachen, welche vor dem Verbrechen auf ihn Einfluß hatten, auf die Art, wie er seinen Entschluß ausführte, auf die Hindernisse, welche er überwand. Die Gründe seines Urtheils sind hier dieselben, welche die Gründe der Gesetze sind; die Art sein Urtheil zu finden, ist dieselbe, auf welche der Gesetzgeber die Quantität einer Strafe findet. Der Unterschied besteht blos darin, daß der Gesetzgeber nur eine Handlung im allgemeinen beurtheilt, der Richter aber einen speciellen Fall; daß bei jenem nur die allgemeinen Merkmale einer gewissen Art von Handlungen die Data zur Beurtheilung der Strafbarkeit liefern können, hier aber ausser diesen allgemeinen Merkmalen auch noch die individuellen Prädicate einer speciellen Handlung Erkenntnißgründe des Grades der Gefahr und der Größe der Strafe sind. Niemand wird behaupten können, daß hier der Richter die Grenzen seiner Gewalt

überschreite und sich widerrechtlich bis zum Gesetzgeber selbst erhebe. Er ist weiter nichts als Diener und Executor des Gesetzes; denn eben dieses hat eine willkührliche Strafe an die Handlung geknüpft und es ihm zur Pflicht gemacht, die Strafe selbst aus Gründen der Strafbarkeit zu finden und für jeden einzelnen Fall festzusetzen.

Darum ist auch der Richter bei Bestimmung einer poena arbitraria selbst nicht durch die Art der Strafe beschränkt und darf jedes Strafübel wählen, welches mit dem vorhandenen Verbrechen in einem richtigen Verhältnisse steht. Die willkührliche Strafe darf daher selbst bis auf den Tod ausgedehnt werden, wie Koch *) und Böhmer **) sehr richtig behaupten. Dagegen wollen andere, wie Quistorp ***), die aus übergroßer Mensch-

*) Jnst. jur crim. §. 157.

**) Ad art. 105. §. 8. C. C. C.

***) Grundsf des peinlichen Rechts. 1. Thl. §. 102. Viele ältere sind seine Vorgänger, wie *Jac. Menochius de arbitr judicis quaest L. I. Q. 86. No. 1.* — *Hippolytus de Marsiliis. pract. crim.* in §. opportune No. 40. in *Modii rer. crim. Pr. p. 438.* — *Carpzov. Q. 133. No. 17. sq.* und mehrere andere.

Menschlichkeit die Consequenz vergessen und lieber Gesetze verdrehen als ihnen folgen wollen, gerade das Gegentheil, und meinen, daß der Richter zwar auf alle andere Strafen nur nicht auf die Todesstrafe erkennen dürfe. Einen Grund in der Natur der Sache findet man wohl nicht; denn wenn einmal der Richter das Recht hat selbst die Strafe zu bestimmen, was sollte hievon die Todesstrafe ausschließen? die Größe des Uebels? allein diese kommt hier in keine Betrachtung; die Größe der Gefahr, daß dem Verbrecher Unrecht geschehe? Sonderbar! als wenn nicht diese Gefahr bei andern Strafen eben so groß und eben so wichtig wäre als bei der Todesstrafe. Es müßten also wohl positive Gesetze seyn, die jene Behauptung begründeten; und diese hat man denn auch gefunden, weil unsere Juristen die Kunst verstehen in Allem alles und auch nichts zu sehen, wenn sie es entweder sehen oder nicht sehen wollen. Sie führen den Artikel 104 an, wo es unter andern heißt: „Aber sonderlich ist zu merken, in was Sachen oder derselben gleichen, unser kaiserlich Recht, keinerlei peinlich Straf am Leben, Ehren, Leib oder Glieder setzen oder verhängen, daß Richter und Urtheile darwider auch niemand zum Tode

oder sonst peinlich strafen." Wovon reden denn aber diese Worte? von nichts anders als davon, daß wie Kreß *) sehr richtig bemerkt, keine peinliche Strafe von dem Richter erkannt werden soll, wo die Gesetze eine andere Strafe, welche nicht zu den peinlichen gehört, ausdrücklich bestimmt haben. Es ist also von der Exacperation einer poena legalis, nicht von der Bestimmung einer *poena arbitraria* die Rede. Noch weniger, wo möglich, sagt *L.* 11. *de poenis*, wo dem Richter nur der Rath gegeben wird: Ne quid aut durius aut remissius statuatur, quam caussa deposcit: nec enim severitatis aut clementiae gloria affectanda est: sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. Diese Regel soll allerdings der Richter befolgen, denn sie sagt nichts geringeres, als: die willkührliche Strafe soll dem Verbrechen angemessen seyn. Aber eben darum widerlegt sie auch die Gegner selbst. Denn es werden doch wohl Fälle vorkommen können, wo die Strafbarkeit der Handlung die Todesstrafe nothwendig macht; und alsdann handelte der Richter, wenn er dieser Meinung folgen und nicht die Todesstrafe dictiren wollte, doch wohl gegen dieses Gesetz,

*) Ad C. C. C. hoc, art. §. 5.

Gesetz, das ihm befiehlt, die Strafe mit dem Verbrechen ins Gleichgewicht zu bringen und weder zu streng, noch auch zu gelind zu seyn. Die unmittelbar folgenden Worte: plane in levioribus caussis proniores ad lenitatem judices esse debent: in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi beweisen ebenfalls nichts, und daß sie auch der nervus probandi nicht seyn sollen, sieht man schon daraus, daß jene Rechtslehrer auch noch *L.* 4. §. 1. *de incendio* citiren, wo jene Worte des Marcianus ausdrücklich wiederholt sind. — Ueberdies sind ausdrückliche Gesetze gegen jene Meinung. So sagt *Ulpian L.* 13. *D. de poenis* im allgemeinen hodie licet ei, qui *extra ordinem* de crimine cognoscit, *quam vult sententiam ferre*, vel graviorem, vel leviorem, ita tamen ut in utroque rationem non excedat. — *L.* 7. §. 3. *ad L. Jul. rep.* sagt: Hodie ex lege repetundarum *extra ordinem* puniuntur, et plerumque vel exsilio puniuntur, vel *etiam durius, prout admiserint.* Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint, vel innocentem, vel quem punire non debuerant? *capite plecti debent*, vel certe in insulam depo-

deportari, ut plerique puniti sunt *). Was kann wohl entscheidender seyn als diese Stelle? Sie spricht von einem Verbrechen, das (zu der damaligen Zeit) extra ordinem bestraft wurde und wo gleichwohl die Todesstrafe, wenn sie durch die Größe des Verbrechens gerechtfertiget wurde, volle Anwendung fand. Daß aber ein crimen, quod extra ordinem punitur, mit einem Verbrechen, das einer willkührlichen Strafe unterworfen ist, gleichbedeutend sey, und daß in den extraordinariis judiciis über diejenigen Verbrechen erkannt wurde, über welche entweder kein Gesetz vorhanden oder gegen welche keine bestimmte Strafe festgesetzt war, ist ausgemacht, so sehr auch noch im übrigen diese Art von judiciis und actionibus im Dunkeln liegen **). So gegründet aber auch an sich unsere Meinung ist, so muß man sie doch nur caeteris paribus verstehen, das heißt, mit der Voraussetzung, wenn die Todesstrafe durch den Grad der Straf-

*) Wegen anderer Stellen sehe man *Matthaei de criminibus, Prol. C. 4. §. 11.*

**) cf *Heineccii* Ant. L. IV. Tit. XVIII. §. 2. — Adams Handbuch der römischen Alterthümer v. Meyer. 1. Thl. S. 449. Besonders aber *Graevius in animadvers. ad Sigonium Tom. II. Thes. ant. rom.*

Strafbarkeit nothwendig wird. Daher läßt es sich nicht denken, daß wie Zieriz glaubt, ein Mensch auch aus dem Art. 136. mit dem Tode bestraft werden könne, in dem Falle, nemlich, wenn durch seine Schuld und bei vorhergehender Warnung der Obrigkeit, ein ihm angehöriges Thier einen Menschen getödet hat. Denn wie sollte dieses Verbrechen einen Grad der Strafbarkeit erreichen können, der selbst die Todesstrafe begründete? die Gründe aber mit welchen Böhmer *) und Kreß **) Zieriz bestreiten, besonders aber der, weil *culpa lata* dem *dolus* nicht gleichgeachtet werden könne, sind keineswegs befriedigend.

Hiebei ist noch eine andere Einschränkung zu bemerken, welche sich auf die poenas secundum quid legales bezieht. Wenn nemlich zwar das Gesetz die Strafe der Willkühr überläßt; aber doch gewisse Strafübel festsetzt, unter welchen der Richter wählen soll, unter denen aber die Todesstrafe nicht genannt ist, so kann diese auch in keinem Falle angewendet werden; denn aus einer solchen Verordnung sieht man deutlich, daß der Gesetzgeber die

*) Ad. art 105. C. C. C.

**) Ad. art. 130. C. C. C.

die richterliche Willkühr durch die genannten Strafen binden wolle, und gegen den Willen des Gesetzgebers ist keine Willkühr des Richters gerecht. So enthält der Art. 158 zum Theil eine willkührliche Strafe, in wie ferne er verordnet, daß, wenn die gesetzlichen Erfordernisse zur Existenz eines gefährlichen Diebstahls nicht vorhanden seyn sollten, er „nach Gelegenheit der Person und Ermessung des Richters, in andere Wege, mit Ausstechung der Augen, oder Abhauung einer Hand, oder einer andern dergleichen schweren Leibstraf gestraft werden solle." Wenn nun in diesem Falle die vom Gesetz festgesetzten Bedingungen zur vollen Strafe nicht vorhanden seyn sollten, mögen übrigens noch so viele andere Gründe die Strafbarkeit der That in concreto selbst bis zur Todesstrafe erhöhen; so darf doch keineswegs über die schwere Leibesstrafe hinausgegangen werden. Denn in Ermangelung jener gesetzlichen Prädicate der That, ist zwar eine willkührliche Strafe verordnet, die Willkühr aber doch ausdrücklich durch die Leibesstrafe beschränkt. — Doch findet jene Einschränkung dann nicht statt, wenn die Benennung der arbiträren Strafen offenbar nur des Beispiels wegen geschehen ist, wie z. B. in dem Art. 115: „Item so ein Procurator — der soll — in

Pranger oder Halseisen gestellt, mit Ruthen ausgehauen, des Landes verboten, oder sonst nach Gelegenheit der Mißhandlung in andere Weg gestraft werden."

So wäre also der Gebrauch der allgemeinen Gründe der Strafbarkeit, bei unbestimmten Strafgesetzen, in seinem ganzen Umfange gerechtfertiget. Wir wenden uns nun zu einer andern, bei weitem wichtigern Frage, die an sich leicht zu beantworten wäre, wenn nicht die Theorien unserer Criminalisten sie verwirrt und in Schwierigkeiten verwickelt hätten. Sie lautet: Haben die Gründe für die Grade der Strafbarkeit auch bei einem bestimmten Strafgesetze Anwendung? soll und darf der Richter auch dann die Strafbarkeit der That in concreto beurtheilen und nach dieser Beurtheilung die Größe der Strafe bestimmen, wenn die Strafe des Gesetzes specifisch bestimmt ist? soll und darf er also die gesetzliche Strafe nicht anwenden und auf eine andere erkennen, wenn er finden sollte, daß eine andere den besondern Gründen der Strafbarkeit angemessen sey? Das Gesetz geht nemlich, wie schon mehrmals gesagt worden, nur auf die That im allgemeinen und bestimmt aus den generellen Merkmalen derselben

selben die Größe der Strafe; weil aber keine That, wie sie in abstracto gedacht wird, in concreto wirklich werden kann, sondern immer zu den allgemeinen Prädicaten gewisse specielle Merkmale hinzukommen müssen, so wird auch die Gefährlichkeit der concreten That besonders modificirt seyn und bald größer bald geringer erscheinen, als sie nach den in abstracto gedachten Merkmalen ist. Muß nun die gesetzliche Strafe statt finden, wenn jene allgemeinen und in dem Gesetz ausgedrückten Voraussetzungen in einem besondern Falle vorhanden sind; oder muß auch die Strafbarkeit in concreto die Strafe rechtfertigen? muß also der Richter nicht blos das Factum unter das Gesetz subsumiren, um die gesetzliche Folge damit zu verknüpfen; sondern muß er vorher auch die Grade der Strafbarkeit in concreto selbst beurtheilen, und hiernach bestimmen: ob die Strafe des Gesetzes Anwendung finde, oder ob eine härtere oder eine gelindere erkannt werden müsse?

Wer sieht nicht, daß hier die Milderungs- und Schärfungsgründe der Strafen, wegen erhöhter oder verminderter Zurechnung in Zweifel gezogen werden sollen? — Ehe wir die Untersuchung selbst anfangen, wollen wir die allgemei-

gemeinen Begriffe von Milderung oder Schärfung der Strafen gehörig bestimmen — ut sciamus, quid sit id, de quo disputatur, wie Cicero philosophisch genug bemerkt *).

Die Begriffe von Milderung und Schärfung sind relative Begriffe. Wir denken uns durch sie eine Ausnahme von einer Regel, welche ein gewisses Uebel bestimmt, die Zufügung eines geringern oder größern Uebels, als es nach dieser Regel geschehen sollte. Wenden wir dies auf Strafe an, so besteht Milderung der Strafe in der Zuerkennung eines Uebels, welches gelinder ist, als das mit dieser Handlung vom Gesetz verknüpfte Strafübel **); Schärfung

*) Die Ausführung, besonders bei der Würdigung der positiven Gesetze, wird es zeigen, welche treffliche Dienste die scharfe Bestimmung und ausführliche Entwickelung dieser Begriffe in der folgenden Untersuchung leistet. Man würde manchen Beweis, ohne Furcht lächerlich zu werden, nicht haben führen dürfen, wenn man diese Begriffe berichtigt und das Problem gehörig festgesetzt hätte.

**) *Heisler in Diss. de j. poen. m. causis* sagt sehr richtig: *Poena mitigari* dicitur, quoties poena minor infligitur, ac est ea, quam in dato casu lex exprimit. Igitur mitigatio poenae est substitutio

fung der Strafe aber, in der Zuerkennung eines Uebels, welches härter ist, als das mit dieser Handlung von dem Gesetz verknüpfte Strafübel. Eine gemilderte oder eine geschärfte Strafe ist daher nie eine *poena arbitraria*, sondern immer eine *poena extraordinaria*, eine solche, die ausser und wider die gesetzliche Ordnung zugefügt wird. — Weitschweifig und unbestimmt, obgleich an sich richtig, ist Stelzers *) Definition von der Milderung der Strafen, nach welcher sie „Veringerung der der ordentlichem Strafe natürlich eigenen, mit ihr nothwendig verbundenen Beleidigung, oder gänzliche Verwechslung der Strafe mit einer gelindern" ist. Sonderbar aber und fast unbegreiflich ist Kochs Bestimmung: Mitigatur poena, si poena *promerita* ob caussam specialem obviam lenior redditur **). Wie in aller Welt kann denn eine Strafe

stitutio poenae minoris in locum poenae ordinariae. — *Carpzov* Q. 142. pr. sagt: poena remittitur seu mitigatur, quando judex ex certa aliqua causa et facti qualitate, supplicium *jure determinatum* vel prorsus remittit, vel in mitiorem quandam poenam commutat.

*) Grundsätze des peinlichen Rechts. S. 203.

*) *Inst. jur. crim.* §. 147.

Strafe gemildert werden, wenn die ordentliche Strafe wirklich verdient, die Nothwendigkeit ihrer Zufügung wirklich begründet ist? Liegt denn in jener Definition nicht geradezu die Behauptung, daß es keine rechtliche Milderung der Strafe gebe, oder, wenn eine solche in Praxi hergebracht ist, daß diese geradezu rechtswidrig sey? Ist die Strafe verdient, nun so muß sie auch angewendet werden, und es ist die offenbarste Rechtswidrigkeit, sie mit einer gelindern zu vertauschen. Soll es rechtliche Milderungsgründe geben, so muß ein Rechtsgrund zu denselben vorhanden, so muß also die ordentliche Strafe nicht promerita seyn. Der Oberherr darf zwar auch eine ordentliche verdiente Strafe mildern; aber dann ist dies eine mitigatio ex capite gratiae, dann ist es Begnadigung, nicht Milderung; und der Richter hat doch wohl hierzu kein Recht? — Der Grund von dieser Bestimmung liegt offenbar darin, weil Koch die Milderung aus einem geringern Grade der Bosheit nicht zu der Milderung der Strafen rechnet, sondern nur solche Gründe unter diese Kategorie bringt, welche nicht in dem Subjecte selbst als Ursachen der That, (caussae mitigandi intrinsecae) sondern in äussern Ursachen liegen,

(caus.

(caus. mit. extrinsecae *). wie z. B. die multitudo delinquentium, der prosper eventus delicti u. s. w. **). Hieraus entsteht denn nun freilich der Schein, als wenn solche Gründe wider Verdienst die Strafe milderten. Allein da begreift man gar nicht, warum denn die Gründe, welche wegen der sogenannten imminuta moralitas actionis die Anwendung der gesetzlichen Strafe verhindern, nicht auch Milderungsgründe seyn sollen. Hier wird ja doch auch eine Ausnahme von dem Gesetz gemacht, mithin die ordentliche Strafe gemildert. Ueberdies müssen jene äussern Milderungsgründe eben-

*) *Grotius* ist der erste, welcher den Unterschied zwischen den rationibus mitigandi extrinsecis und intrinsecis aufstellt. „*Intrinseca* causa est, cum *si non injusta*, dura tamen est poena ad factum comparata: *extrinseca*, ex merito aliquo aut alia recommendante.“ *Hugo Grotius* de I. B. et P. L. II. c. 20. §. 25 et 26. — Die Wörtchen: *si non injusta* sind merkwürdig und führen auf die Behauptung, daß Grotius nicht dem Richter ein solches Milderungsrecht einräumte; sondern diese Milderung nur als einen Zweig des Begnadigungsrechts dem Oberherrn verstattete. Dies beweist auch ganz deutlich und unwidersprechlich der unmittelbar vorhergehende. §. 24. —

**) Inst. J. c. §. 151.

ebenfalls eine rechtliche Ursache seyn, aus welchen der Verbrecher die ordentliche Strafe nicht verdient, wenn sie den Namen rechtlicher Milderungsgründe führen und als solche in unsre Rechtswissenschaft gehören sollen. Denn die mitigantia gratiae, weil ihnen nur politische Regeln, und nicht Rechtssätze, zum Grunde liegen, können nicht vor das Forum des Criminalrechts gezogen werden; und zu solchen Begnadigungsgründen scheint mir Koch diese Milderungsgründe nicht erniedrigt zu haben.

Da nun Milderung oder Schärfung immer eine ordentliche Strafe voraussetzt *), so folgt, daß wo die Strafe nicht als eine Ausnahme von einer

*) Es kann also eigentlich nur bei folgenden Artikeln der C. C. C. von einer Milderung oder Schärfung der Strafe die Rede seyn, weil nur sie eine bestimmte Strafsanktion enthalten. Art. 109. 110. 111. 116. 118. (denn die Strafe des Art. 118 ist in dem römischen Recht, auf welches Carl verweist, bestimmt) Art. 120, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 137, 162, 172. Diejenigen Artikel, welche unbestimmte Strafgesetze sind, bei denen also der Begriff von Milderung oder Schärfung wegfällt, sind? Art. 106, 110, 112, 113, 134, 160, 177, 178, 180.

einer härtern und gelindern gesetzlichen Strafe zuerkannt wird, keine Milderung und keine Schärfung vorhanden sey. Hieraus ergiebt sich denn 1) daß diese Begriffe bei der Anwendung unbestimmter Strafgesetze nicht gebraucht werden können, und eine willkührliche Strafe weder eine geschärfte noch eine gemilderte Strafe sey. Hier kann zwar, nach vorliegenden Umständen, bald eine härtere, bald eine gelindere Strafe erkannt werden; aber es ist keine gesetzliche Strafe und mithin ist das wesentlichste Requisit für diese Begriffe nicht vorhanden. Man vermag es daher durchaus nicht zu begreifen, aus welcher Ursache wohl Quistorp *) sich auf die Art. 109. 102. 160. 172 und 179 berufen konnte, um daraus das Recht des Richters, Strafen zu mildern, zu beweisen. Ist denn dies Milderung? begründen denn jene Gesetze, welche eine blos willkührliche Strafe enthalten, und es daher freilich auch dem Richter frei stellen, bald gelinder, bald härter zu seyn, ein Recht, Strafen zu mildern? — Man sieht aber wohl, daß hier der Fehler nicht blos in einem Begriffe, sondern in einem Schlusse liegt. Quistorp spricht in demselben §. von einer ausserordents

*) Grundſ. d. peinl. R. Thl. 1. §. 102.

ordentlichen Strafe gegen ein bestimmtes Gesetz, redet also von der Milderung in denselben Sinne wie wir, und meint demnach: man könne das Recht zu mildern aus einem unbestimmten Gesetze beweisen, und der Richter habe schon darum das Recht, auch ein bestimmtes Strafgesetz zu mildern — weil er bei willkührlichen Strafen härter oder gelinder seyn darf. Ein treffliches, herculisches Argument, deren es aber mehrere in unsrer Rechtswissenschaft giebt *)! — Aus jenem Vordersatze folgt 2) daß auch dann keine Milderung oder Schärfung existire, wenn die zugefügte Strafe durch das Gesetz bestimmt ist. Es kann seyn, daß diese gesetzliche Bestimmung härter oder gelinder ist, als eine andere; allein sie wird doch aus dem Gesetze erkannt und ist eine ordentliche Strafe. Dies findet statt a) bei Strafen, welche auf

*) Gros scheint mir in seiner sonst trefflichen Diss. de ratione poenarum forensium §. 15. den Begriff von Milderung der Strafen zu weit auszudehnen und ihn auch auf willkührliche Strafen anzuwenden. *Meister princ. jur. crim.* ed. 3tia §. 108. unterscheidet mitigatio im weitern und im engern Sinne. In jenem soll sich die Milderung sowohl auf die ordentliche, als auch auf die arbiträre Strafe beziehen; in diesem aber blos auf die ordentliche Strafe.

auf verschiedene Verbrechen, mögen diese nun von verschiedener Art oder von verschiedener Gattung seyn, gesetzt sind. So ist die Strafe des Schwerds, welche auf den einfachen Todschlag gesetzt ist *), deswegen keine Milderung, weil der qualificirte Todschlag, (der Mord) mit dem Rade bestraft wird. Nimmt man die Praxis als Gesetz an; so giebt diese uns bei der Giftmischung ein Beispiel. Sie straft mit dem Schwerde, wenn durch die Giftmischung die Gesundheit des andern völlig und für immer zerstört worden; mit ewigem Gefängnisse aber, wenn nur vorübergehend die Gesundheit verletzt worden ist **). Jenes ist, aus dem benannten Grunde, keine Schärfung, dieses keine Milderung. — Sehr richtig im Ganzen bemerkt dies auch Westphal ***); aber er irrt doch darin, daß er jene Regel nur dann gelten lassen will, wenn das Verbrechen einen andern Namen bekomme. Ich sehe hievon keine Ursache ein; weder der Sprachgebrauch noch andere Gründe beschränken bis dahin unsere Bemerkung. Eben dies findet b) bei einem und demselben Ver-

*) Art. 137. C. C. C.

**) Quistorps peinl. Recht. Thl. I. §. 264.

***) Dessen Criminalrecht. S. 105 und 106.

Verbrechen (objectiv betrachtet) statt, dessen Strafe, nach verschiedenen gesetzlichen Voraussetzungen, verschieden bestraft wird. Es ist daher von keiner Milderung oder Schärfung die Rede « wenn auf ein und dasselbe Verbrechen, nach dem verschiedenen Stande des Verbrechers, verschiedene Strafen gesetzlich bestimmt sind. Das römische Recht bietet uns eine Menge von Beispielen dar. Ein und dasselbe Verbrechen wird mit einer andern Strafe bei den Sklaven, mit einer andern bei den Plebejern, wieder mit einer andern bei den Vornehmen (honestioribus) belegt *). In servorum persona, sagt

*) Ich bemerke hier im Vorbeigehen, daß das römische Recht nicht, wie Kleinschrod und andere glauben, die *honestiores* und in *honore aliquo positos* für gleichbedeutend nimmt, sondern beide auch in Hinsicht auf die Strafe unterscheidet, die honestiores machen einen Mittelstand zwischen den Plebejern und den in honore positis. Dies zeigt schon *L. 16. D. ad L. Corn. de sic.* wo die in honore aliquo positi mit der Deportation, diejenigen aber, qui secundo gradu sunt (zu denen Modestin auch die Decurionen zählt?) mit der einfachen Todesstrafe belegt werden. Ganz klar wird dies aber durch eine Stelle des *Paulus Sentent. Rec.* L. V. Tit. 23. §. 1. Hier spricht Paulus ebenfalls von der Strafe des Cornelischen Gesetzes wie Modestin, und nachdem er die Deportation als Strafe festgesetzt hat, fährt er fort: quae omnia facinora in *honestiores* poena capitis

ſagt *L.* 10. *D. de poenis*, ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur, et ex quibus caussis liber fustibus caeditur, ex his servus flagellis caedi et domino reddi jubetur: et ex quibus liber, fustibus caesus, in opus publicum damnatur, ex his servus sub poena vinculorum, ad ejus temporis spatium, flagellis caesus, domino reddi jubetur. Si sub poena vinculorum domino reddi jussus non recipiatur, venundari; et si emtorem non invenerit, in opus publicum, et quidem perpetuum, tradi jubetur. Dieſelbe Verſchiedenheit bei Beſtrafung der Verbrecher wurde bei den Verbrechen der Vornehmen und der Geringern (humiliorum s. plebejorum) beobachtet.

Das

capitis vindicari placuit: humiliores vero aut in crucem tolluntur, aut bestiis objiciuntur. Wer ſoll nun mit der Deportation beſtraft werden? Doch wohl nicht die Sklaven? Es bleibt uns alſo nichts übrig als jene Strafe auf die in honore aliquo positos des Modeſtin, die mithin über den honestioribus ſind, zu beziehen, ohne noch anderer Gründe zu gedenken. Aber was iſt der Unterſchied dieſer Stände? — Auf dieſe Frage dürfte wohl die Antwort ziemlich ſchwierig ſeyn. — Cf. *Schulting Jur. Antej. p. 505. not. 9.* Hier findet ſich auch eine Conjectur, wie die Stelle des Modeſtin in Beziehung auf die Decurionen mit andern Geſetzſtellen vereinigt werden kann.

Das Sacrilegium wurde bei den honestioribus mit der Deportation, bei den Plebejern mit der damnatio ad bestias; das crimen annonae bei jenen mit Relegation, bei diesen mit öffentlichen Arbeiten bestraft; auf der Brandstiftung stand bei den Vornehmen Enthauptung, bei den humilioribus Zerreissung von wilden Thieren; auf die Entweihung der Grabmäler, bei jenen Deportation, bei diesen Todesstrafe; auf den Abigeat war bei jenen Relegation, bei diesen damnatio ad metalla oder Todesstrafe gesetzt *). Am meisten kommen die Decuriones hier in Betrachtung; deren in dem einzigen Titel de poenis fast unzähligemal Erwähnung geschieht. Sie werden überall, vielleicht zu einer Vergütung für die Lasten ihres Amtes, durch Exemtionen und günstige Privilegien geehrt. So ist verordnet, daß weder sie selbst, noch ihre Söhne und Enkel jemals zu den Bergwerken oder zum Tode verurtheilt werden sollen **). Wer wird aber wohl

*) Cf. *Hommel* (Rudolph) Diss. *Quid de poenis Romanor. crim. jure Just. obviis philosophice statuend. sit. Disq. I. p. 69.* seq.

*) L. 9 §. 11. L. 15. D. de poenis. — L. 3. 9 et 12. D. eod. — Die Christen und die Palatini durften nach Valentinians Verordnung nicht zu

wohl diese, nach dem Stande der Personen verschiedene Strafen, als Milderung oder Schärfung betrachten können, da es das ausdrückliche Gesetz selbst ist, welches, nach der Rangordnung der Personen, die Rangordnung der Strafen bestimmt? Hier ist nichts ausserordentliches, nichts was von der Ordnung der Gesetze abweicht und von der vorgeschriebenen Norm eine Ausnahme macht. Es scheint mir daher Kleinschrod *) zu fehlen, wenn er, in der Lehre von der Milderung der Strafen wegen des Standes der Person, sich mit Erklärung dieser Bestimmungen beschäftigt, und um zu beweisen, daß es nach römischen Recht ein Recht aus dieser Rücksicht die Strafe zu mildern gebe, auf jene und ihnen ähnliche Gesetze sich beruft. In dem Begriffe von Milderung oder Schärfung ist er mit uns einverstanden. Wie können also Gesetze, die ausdrücklich nach Verschiedenheit des Standes eine Verschiedenheit der Sachen verordnen, als Belege für das Milderungs- oder Schärfungsrecht angeführt werden? Es wird wohl

zu Fechterspielen verdammt werden. Mit diesen wurden nur die Heiden und geringere Stände belegt. Cf. *L. 3.* und *L. 11. C. Theod. de poenis.*

*) System. Entwickelung. Thl. II. §. 20.

wohl niemand bezweifeln, daß jene Strafen, der Intensität und Größe nach, sehr von einander verschieden sind. Keine Strafe ist der andern gleich, am wenigsten aber solche, bei denen der Contrast so groß und abspringend ist, wie in den angeführten Beispielen. Aber dies ändert in dieser Sache nichts. Es ist hier von einer Strafe die Rede, die gelinder oder schärfer ist, als die gesetzliche, und mithin auch von einem Rechtsgrunde, der die Möglichkeit von der gesetzlichen Strafe abzuweichen und gegen die ausdrückliche Verordnung des Gesetzes ein ausserordentliches Strafübel zu verhängen, begründet. Jene gesetzlichen Strafen stimmen daher gar nicht mit unserm Begriffe zusammen und können noch weniger die Befugniß zu einer ausserordentlichen Strafe beweisen. —

3.) Wenn ein Gesetz, wegen eines ausdrücklich bestimmten Unterschieds in der Strafbarkeit, eine gelindere oder schärfere Strafe auf ein gewisses Verbrechen festsetzt, dann ist ebenfalls von keiner Milderung oder Schärfung der Strafe die Rede. Die Strafe des Todschlags aus Fahrläßigkeit ist keine gemilderte Strafe des absichtlichen Todschlags, so wenig als diese eine Schärfung jener ist *).

Die

*) Westphal Criminalrecht. S. 106. §. 3.

Die Caroline hat zwischen dem homicidium culposum und dolosum die schärfsten Grenzen gezogen und jenen ausdrücklich von der Strafe des letzten ausgenommen. Es sind daher beide so gut wie zwei verschiedene Verbrechen zu betrachten. Dies findet nicht weniger bei dem conatus delinquendi statt. An und für sich ist er unter dem Gesetze gegen das vollendete Verbrechen gar nicht enthalten, und macht, in so ferne er durch ein besonderes Gesetz bedroht worden, ein eignes Verbrechen aus. Mithin kann auch die Strafe des Versuchs, wenn sie gelinder ist, keine poena mitigata des vollendeten Verbrechens seyn *). Was von den angeführten Gründen der Strafbarkeit gilt, das muß, aus derselben Ursache, von allen Gründen derselben gelten.

Die Entwickelung dieser Begriffe bietet uns zugleich die Hand zur Bezeichnung des Wegs, auf dem wir ein Milderungsrecht wegen eines geringern Grades der Strafbarkeit in concreto erweisen müssen. Es soll die Befugniß des Richters, Strafen zu mildern oder zu schärfen, bewiesen wer-

*) Sehr gut zeigt dies *Heisler cit. Diss.* §. 17.

werden. Da nun, wie im vorhergehenden gezeigt worden, die gemilderte oder geschärfte Strafe eine poena extraordinaria ist, so müßte ein Rechtsgrund aufgefunden werden, aus welchem ein Factum, in welchem die gesetzlichen Merkmale des zu bestrafenden Verbrechens vorhanden sind, das also in so ferne unter dem Gesetz enthalten ist, von der gesetzlich damit verknüpften rechtlichen Folge ausgenommen und wegen des besondern Grades der Strafbarkeit in concreto mit einer gelindern oder härtern Strafe belegt werden dürfte. Es muß also 1) ein Rechtsgrund vorhanden seyn; denn hier sind Rechte Gegenstände der Untersuchung; und Rechte werden nur durch Rechtsgründe bestimmt. Wir dürfen daher keine politischen Gründe zur Milderung oder Schärfung aufsuchen; denn diese können nur den Oberherrn selbst, nicht aber den Richter leiten; können in Beziehung auf gelindere Strafen, wohl mitigantia gratiae, aber nicht mitigantia justitiae begründen. Eben so wenig kommen moralische Gründe in Betrachtung; denn diese haben in dem äussern Forum gar keine Stimme. Mithin kann auch bloße Billigkeit durchaus kein Grund eines richterlichen Milderungsrechts seyn. Denn Billigkeit ist blos ein Gegenstand der Moral, der Richter aber hat blos nach dem

Recht

Recht und nach den vollkommenen äussern Gesetzen sein Urtheil zu sprechen. Völlig grundlos ist daher Leysers Meinung *), wenn er sagt, potest magistratus, ex *aequitate evidenti* et extrinseca, legem duram, sed clare loquentem, mollire et temperare. Mit Recht kann man hier fragen, wo denn wohl die nicht evidente Billigkeit ihren Anfang nimmt? 2) Es muß ein Recht erwiesen werden, die gesetzliche Strafe nicht anzuwenden, wenn schon das Factum genau unter den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes enthalten ist. Denn das Gegentheil begründet zwar allerdings eine Milderung; aber nicht wegen eines geringern Grades der Strafbarkeit in concreto, sondern wegen eines Mangels an dem Thatbestande, wegen der Nichtexistenz aller Merkmale, die das Gesetz zur Strafe erfordert. 3) Jener Rechtsgrund muß entweder in einem ausdrücklichen positiven Gesetze enthalten seyn, oder es muß gezeigt werden daß die Natur der Strafe und des Strafgesetzes jene Befugniß nothwendig begründe. Die Untersuchung über die

rechts

*) Meditt. ad ff. spec. 3. m. ult. spec. 645. m. 3 et 4.

rechtliche Möglichkeit dieser Milderungsgründe muß daher in zwei Theile zerfallen, in eine juridische und eine philosophische. In jener müssen die positiven Gesetze, welche sich auf diesen Gegenstand beziehen oder zu beziehen scheinen, gewürdigt, in diesem muß die Möglichkeit oder Unmöglichkeit dieses Rechts aus allgemeinen Principien untersucht werden. — Ein ausdrückliches Gesetz aber, welches die Möglichkeit zu schärfen und zu mildern begründen soll, muß die allgemeine Verordnung enthalten, daß ein jedes bestimmte Strafgesetz nach dem Grade der Strafbarkeit in concreto angewandt werden solle. Ist es nicht allgemein, bezieht es sich blos auf ein bestimmtes Verbrechen, so kann es hier nicht in Betrachtung kommen; denn bestimmt es gewisse ausdrückliche Eigenschaften der Handlung oder der Person, welche die gesetzliche Strafe ausschließen (wie bei dem dolosum und culposum homicidium), so ist dies kein Grund für die Milderung oder Schärfung. Bestimmt es aber auch nur im allgemeinen, daß bei diesem Verbrechen immer die Strafbarkeit in concreto in Betrachtung gezogen werden solle, so beweist es nicht das Milderungs- und Schärfungsrecht bei bestimmten Strafgesetzen überhaupt, sondern nur bei diesem.

Es

Es versteht sich von selbst, daß wir mit der philosophischen Untersuchung anfangen.

Sobald man die gewöhnlichsten Vorstellungsarten von Strafe und dem Rechte zu derselben annimmt; so muß auch das Milderungs- und Schärfungsrecht, so weit man nur auf jene Theorie Rücksicht nimmt, völlig eingeräumt werden. Denn nach allen diesen Vorstellungsarten hat die Strafe ihren Grund nur in einem bestimmten, gegebenen Verbrechen, kann nur in Beziehung auf dieses ihren Zweck erreichen, und muß daher zunächst blos aus den Eigenschaften des bestimmten Falls, sowohl in Rücksicht ihres Daseyns überhaupt, als auch in Rücksicht ihrer Größe beurtheilt werden. Dies wurde schon oben, sowohl in Beziehung auf die Präventionstheorie, als auf die gewöhnliche Theorie der Abschreckung und der bürgerlichen Strafe, als einer moralischen Strafe, erwiesen. Allein in Rücksicht der Art, wie die Freunde dieser Theorien ihren Begriff von Strafrecht benutzen, um den Gebrauch der Imputationslehre auch bei der Anwendung bestimmter Gesetze und das Recht des Richters, von der gesetzlichen Strafe abzuweichen, zu erweisen, scheinen sie von einander verschieden. Einige stellen geradezu die Imputationslehre über

die Gesetze, machen sie unbedingt zum Princip der Beurtheilung ihrer Gültigkeit in concreto und heben dadurch allen Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen auf. Andere, und diese sind die allermeisten, nehmen das Recht der Interpretation zu Hülfe, lassen der Imputationslehre nur in Beziehung auf die subjectiven Gründe der Strafbarkeit Einfluß auf die Veränderung der gesetzlichen Strafe und ordnen in so ferne den Richter wirklich dem Gesetze unter, statt daß ihn jene ganz über dasselbe erheben. Jene behaupten, ihrem Begriffe von Strafrecht gemäß, daß der Richter darum die gesetzliche Strafe nach jenen allgemeinen Principien der Strafbarkeit in concreto modificiren müsse, weil die Strafe nicht gerecht und nicht zweckmäßig seyn würde, wenn sie nicht den allgemeinen Principien der Strafbarkeit angemessen und nach den besondern Umständen des Verbrechens bestimmt wäre: diese inconsequenter als jene, behaupten, daß dieses darum nothwendig sey, weil der Gesetzgeber die volle Strafe nur auf einen gewissen Grad der Gefahr gerichtet habe uud also der Richter das Gesetz nur dann anwenden könne, wenn diese (obgleich stillschweigende) Voraussetzung in concreto wirklich existire.

Daß jene Vorstellungsart die consequenteste sey, daß sie unmittelbar und nothwendig aus jenen Theorien des Strafrechts folge, leuchtet beym ersten Anblick ein. Denn, wenn die Strafe sich blos auf einen bestimmten, gegebenen Fall bezieht, wenn sie, wie es die Natur jener Theorien von einem Strafrechte mit sich bringt, schlechthin, um zweckmäßig und gerecht zu seyn, den Gründen von der Strafbarkeit der Handlungen auch in concreto angemessen seyn muß; so folgt, daß die Gründe der Strafbarkeit, und die, unter dieselben subsumirten, concreten Eigenschaften der That, in jeder Rücksicht, die Größe der Strafe bestimmen müssen und nicht einmal in so ferne die Willkühr des Richters durch ein Strafgesetz beschränkt seyn kann, als dieses aus den objectiven Gründen der Strafbarkeit z. B. wegen der Wichtigkeit des verletzten Rechts, eine Strafe in abstracto festgesetzt hat; denn es kann ja wohl der Fall seyn, daß der Gesetzgeber sich geirrt und eine gewisse Rechtsverletzung mit einer härtern oder gelindern Strafe bedroht hat, als es der Wichtigkeit der Rechtsverletzung nach seyn sollte. Ist nun die Strafe ein bloßes Sicherungsmittel oder eine moralische Vergeltung ꝛc.; so muß es auch dem Richter frei stehen, zu beurtheilen, ob z. B. die Strafe des Todes bei der Sodomie auch dem

Verbrechen angemessen sey und nicht vielmehr in jedem Falle mit einer bloßen Policeistrafe geahndet werden müsse.

Aber wer kann sich denn nach dieser Vorstellungsart, bei diesem so geeigenschafteten Rechte Strafen zu schärfen und zu mildern, ein Gesetz, ein bestimmtes Strafgesetz denken? Der Begriff von demselben verschwindet mir zu einem Nichts, sobald ich mir ihn in Beziehung auf diese Befugniß eines Richters denke. Es wurde erwiesen, daß jedes Gesetz, es mag nun ein natürliches oder ein bürgerliches seyn, schlechthin durch sich selbst Gültigkeit haben müsse, daß bei der Anwendung desselben nicht erst gefragt werden dürfe: ob es denn auch für diesen Fall gültig sey? und daß die rechtliche Folge, die das Gesetz mit einer Handlung verbunden hat, sogleich statt haben müsse, sobald nur die gesetzlichen Prädicate der Handlung vorhanden sind. Das Gesetz muß Bestimmungsgrund des Urtheils seyn, und es kann kein Princip geben, von was immer für einem Inhalte es auch nur seyn mag, aus welchem erst beurtheilt werden könnte: ob das Gesetz auf den unter demselben enthaltenen Fall angewendet, oder nicht angewendet werden dürfe. Denn Gesetze sollen eine rechtliche

Ordnung begründen, sollen die Willkühr der ihnen Untergebenen beschränken und die Grenzen des Rechts und des Unrechts bestimmen. Sie sind daher schlechthin gültig und dem, der als Richter ihnen unterworfen ist, kann nichts weiter übrig bleiben, als sie anzuwenden, d. h. die gegebenen Fälle unter sie, als allgemeinen Regeln, zu subsumiren. Wie nun aber hier? Hier sollen die philosophischen Principien, von der Strafbarkeit der Handlungen, der Maasstab der Strafe seyn, aus ihnen soll erst erkannt werden, ob das Gesetz für diesen Fall gültig sey, durch sie, und nicht durch das Gesetz, soll und muß bestimmt werden, welche Strafe dem Verbrecher zuerkannt werden soll? — Gestehen wir es also nur geradezu, daß es keine Strafgesetze giebt, daß das Wort Gesetz hier nur abusive genommen werde, daß nichts thörichter sey, als hier von Gesetzen im eigentlichen Sinne des Worts zu reden, und daß der Gesetzgeber, oder wie man nun den Geber solcher Verordnungen nennen will, nichts weniger dabei im Sinne habe, als dem Richter eine Vorschrift in Hinsicht auf die Zufügung einer Strafe selbst zu geben. Denn diese seine Verordnung, und wenn sie auch noch so bestimmt und categorisch erklärte, daß nur mit diesem Uebel diese That belegt werden solle, kann

nicht

nicht den Willen des Richters binden und den Gebrauch der philosophischen Principien einschränken, die nur nach sich die Strafe erkannt wissen wollen.

Eben so widersprechend ist diese Vorstellungsart dem Wesen der richterlichen Gewalt. Richter (kein Volk und kein Mensch hat sich noch etwas anders unter einem Richter gedacht) ist nur der, der Gesetze auf vorkommende Fälle anwendet, der einzelne Thatsachen unter dieselben subsumirt, der die rechtlichen Wirkungen des Gesetzes mit den rechtlichen Voraussetzungen desselben in concreto verknüpft. Dies beweist das allgemeine Staatsrecht und unsere Verfassung bestätigt es. Die richterliche Gewalt ist schlechthin der gesetzgebenden untergeordnet, so wie der richterlichen die executive untergeordnet ist. Der Richter steht also blos unter dem Gesetze, ist Diener und Interpret desselben. Wer über dem Gesetze steht und die Gültigkeit des Gesetzes selbst zu beurtheilen hat, der ist in so ferne Gesetzgeber und nicht Richter. Haben also unsere Richter die Macht und das Recht, von den bestimmten Strafgesetzen abzuweichen, ihre Gültigkeit nach allgemeinen philosophischen Principien zu beurtheilen, sie nur dann

anzuwenden, wenn sie glauben, daß ihre Anwendung diesen allgemeinen Principien nicht widerspreche, sie aber nicht anzuwenden, sondern nach jenen ausser dem Gesetze liegenden Gründen eine eigne Strafe zu wählen, sobald sie glauben, daß die in dem Gesetz bestimmte Strafe dem Verbrechen entweder gar nicht, oder nicht dem gegebenen Verbrechen in concreto, angemessen sey; so dürfen wir uns nicht weigern einzugestehen, daß unsre Richter mehr als Richter, daß sie auch Gesetzgeber und Oberherrn sind.

Wozu denn auch alle juristische Gelehrsamkeit, wenn wir so bei der Anwendung bestimmter Gesetze verfahren müssen? wozu ist denn überhaupt ein positives Criminalrecht nothwendig, wenn diese die Principien zur Bestrafung der Verbrechen sind? denn welchen Grad der Strafbarkeit ein Verbrechen in concreto habe, kann kein Strafgesetz bestimmen; der Grad der Strafbarkeit eines jeden Verbrechens ist in jedem besondern Falle verschieden. Wozu also interpretiren wir unsere Strafgesetze, was für eine unnöthige Mühe machen wir uns, um in ihren Geist und Sinn einzudringen? Um Verbrechen wirklich zu bestrafen, um den Grad der Gefahr oder Immoralität zu beurtheilen, mits

hin

hin auch um die Strafe zu bestimmen, welche bei jedem einzelnen Verbrechen statt finden soll; dazu reicht kein Strafgesetz hin; dies muß aus den Umständen des einzelnen Falls, in Verbindung mit den Principien, welche uns die Philosophie darbietet, beurtheilt werden. Um zu wissen, welche Verbrechen bestraft werden sollen, bedürfen wir freilich des Strafgesetzes; weil Strafe durchgängig etwas positives ist und eine gesetzliche Drohung voraussetzt. Aber das Verhältniß, die Strafe zu dem Verbrechen, auf dem positiven Wege zu suchen, durch historische Entwickelungen, durch Interpretation des gegebenen Gesetzes uns über den zweiten Theil des Strafgesetzes, nemlich die festgesetzte Strafe, zu belehren; dies wäre eben so unnöthig und zweckwidrig, als die Interpretation der Bibel, wenn sie, wie man ad captandam benevolentiam sagt, nichts anders enthalten soll, als was wir auch ohne sie, durch den bloßen Gebrauch unserer Vernunft, wissen können. In so ferne das Gesetz eine Strafe festsetzt, geht es gar nicht den Richter, sondern den Pöbel an, den es durch die Drohung einer bestimmten Strafe, dem Schein und Glauben nach, von möglichen Verbrechen abhalten soll. Unsre Criminalrechtswissenschaft würde daher ganz con-

sequent

sequent und zweckmäßig verfahren, wenn sie nur von Verbrechen, aber gar nicht von den gesetzlichen Strafen derselben handelte; da es sich weder durch das Gesetz, noch auch sonst im allgemeinen bestimmen läßt, wie groß die Strafbarkeit eines gewissen Verbrechens in concreto seyn werde. Eine allgemeine Theorie, von der Strafbarkeit der Handlungen überhaupt, wäre vollkommen hinreichend und allein zweckmäßig.

Es wurde oben gezeigt und, wie ich glaube, erwiesen, daß wenn ein bestimmtes Strafgesetz nu bedingt ist, d. h. in Rücksicht seiner Pönalsanction nur dann Anwendung finden soll, wenn diese gesetzliche Strafe dem durch den speciellen Fall begründeten Grade der Gefahr nach Principien der Prävention, oder dem besondern Grade der Immoralität in demselben, nach Principien der moralischen Strafe, adequat ist; daß alsdann dieses bestimmte Strafgesetz von demselben Inhalte ist und dieselben Eigenschaften hat, als wie das unbestimmte Gesetz. Einige Rechtslehrer räumen dies sogar selbst ein und gestehen, daß jede Strafe eine willkührliche Strafe sey. „Minima circumstantia, sagt *Boehmer* *) factum jurisque applicatio-

*) Ad Art. 105. C. C. C. §. 3.

cationem variat, et multiplex *mixtura* circumstantiorum, in speciebus occurrentibus, non potest non *variam* applicationem probare, judicemque retrahere, vel incitare, ut suspensa litera legis, casui *praesenti* convenienter statuat. Quo refero non modo momenta, poenam exasperantia, verum etiam moderantia. — Itaque hoc sensu *omnes omnino poenae sunt arbitrariae, nec perpetuam et uniformem poenam, ob mirificam factorum variationem vix praevidendam, definire fas est.*" — Aber wir haben doch in unserm Criminalcodex zwei verschiedene Arten von Strafgesetzen; wir haben bestimmte und haben unbestimmte. In jenen sagt der Gesetzgeber: diese That soll mit diesem Uebel bestraft werden; in diesen sagt er: ich will die Strafe nicht bestimmen, sondern will sie dem Richter zu bestimmen überlassen. Wer kann es behaupten, daß jenes eben den Sinn, wie dieses, habe, und daß die Worte: „muthwillige überwundene Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tode gebracht werden *)," eben so viel sagten, als die Worte: muthwillige, boshafte Brenner sollen nach dem Rathe der Rechtsverständigen und nach Gelegenheit und Gestalt

*) Worte des Art. 125. C. C. C.

statt der Sachen gestraft werden? Wer sieht nicht daß nach dem ausdrücklich und vollständig deutlich erklärten Willen des Gesetzgebers jene Strafe unbedingt einen muthwilligen und boshaften Feuerstiffter treffen, und ohne weiter auf besondere, in dem Gesetze nicht enthaltene Voraussetzungen Rücksicht zu nehmen, die gesetzliche Folge mit der gesetzlichen Bedingung verknüpft werden solle; daß es aber wohl hier erlaubt und nothwendig sey, die Art und Quantität, nach den besondern Umständen des Verbrechens, abzuwägen? Was kann deutlicher und jedem Unbefangenen einleuchtender seyn als dies? Und wenn es dies wirklich ist, welcher Rechtslehrer, welcher Richter darf es denn wagen, gegen die Gesetze aufzustehn, ihnen einen Sinn einzukünsteln, den sie offenbar nicht haben, und nach allgemeinen Theorien von Strafe überhaupt, gegen den deutlich genug erklärten Willen des Oberhaupts, zu argumentiren. Gesetzt auch jene Theorien wären völlig gegründet, und jede Strafe müßte erst nach den besondern Umständen erwogen werden, so vermögen doch alle diese Theorien, und wenn auch ihre Wahrheit noch so richtig erwiesen und mit mathematischer Evidenz dargethan wäre, nicht das geringste gegen ein positives Gesetz — so lange wir nemlich als positive Rechtslehrer zu

betrachten sind. Als Philosophen können wir wohl gegen ein solches categorisches Strafgesetz philosophiren, als Menschen können wir um Abschaffung desselben bitten (wenn es uns etwa dünkt, daß es unsren Theorien widerstreite); aber als positive Rechtslehrer und als Pfleger der positiven Rechtswissenschaft, dürfen wir uns nicht um eine Linie von den Verordnungen unsers Codex entfernen, müssen durch das Mittel der Interpretation zur Erkenntniß des gesetzgeberischen Willen vordringen, müssen, was wir hier finden, treulich in der Wissenschaft darstellen, und dürfen nie die Regel aus den Augen setzen: daß da, wo der Gesetzgeber spricht, alle Einwendungen der Philosophie ein Ende haben.

Daß aber die Anwendung des bestimmten Strafgesetzes nicht auf die schon oft erwähnten Bedingungen beschränkt ist, ergiebt sich nicht blos aus den Worten des bestimmten Strafgesetzes, sondern auch noch aus andern Rücksichten. 1) Wenn die bestimmten Gesetze den ihnen von den Rechtslehrern beigelegten Gehalt haben, so läßt sich gar nicht begreifen, warum sie existiren, gar kein Zweck erdenken, um dessentwillen sie vorhanden seyn könnten. Ich verweise deswegen

auf

auf meine Ausführung in dem zweiten Kapitel, und mache hier nur noch die Bemerkung, daß, weil solche Gesetze existiren und weil von niemand (er müßte denn ein Thor seyn) zu präsumiren ist, daß er etwas ohne allen Grund thue; daß dies schon ein hinreichender Beweis sey, der Gesetzgeber habe dabei eine vernünftige Absicht gehabt, und (weil dies die einzig denkbare vernünftige Absicht ist) habe sie zur unbedingten Befolgung aufgestellt. 2) Warum giebt es denn zwei verschiedene Arten von Strafgesetzen, warum giebt es denn, neben den unbestimmten, auch noch bestimmte Strafgesetze, wenn beide völlig einen Inhalt mit einander haben, und das eine so unbestimmt ist, als das andere? Warum giebt es gesetzlich bestimmte Strafen? warum hat auch diese das Oberhaupt festgesetzt, wenn sie eben so arbiträr sind, wie die, welche er ausdrücklich für arbiträre Strafen erklärt? In dieser Entgegensetzung, in dieser so durchaus verschiedenen Form beider Gesetze, liegt es doch wohl unmittelbar, daß er beiden einen verschiedenen Gehalt beilegen wollte, und sich unter dem einen ganz etwas anders dachte, als unter dem andern. Oder vermag man etwa nur irgend einen rechtlichen oder politischen Grund aufzufinden, aus welchem sich auch nur zum Schein erklären ließe, warum

er

er bei dem einen Verbrechen sich so ganz categorisch ausdrückte, bei dem andern alles mit ausdrücklichen Worten der richterlichen Willkühr überließ, und sich doch in jenem die Strafe, eben so wie in diesem, der Willkühr unterworfen dachte? Hatte er dabei eine Absicht, so konnte es nur diese seyn, den Verstand der Richter zu verwirren, und durch seine Gesetze die gesetzliche Anwendung derselben entweder aufzuheben oder schwankend zu machen. Wollte er sie wirklich nur als unbestimmte Gesetze betrachtet haben, so konnte er nicht, den Worten nach, das Gegentheil verordnen, ohne zugleich überzeugt seyn, daß die Richter und die Rechtsgelehrten sich entweder an diese Erklärung halten, und sie wider seinen Willen unbedingt anwenden würden, oder daß die, welche etwa von seiner eigentlichen Absicht etwas ahnden möchten, ohne zu wissen, wohin sie sich wenden sollten, zwischen seinen Worten und seiner Absicht gefährlich hin und her schwanken würden. 3) Beweist nicht eben der Umstand, daß bei gewissen Verbrechen ausdrücklich erklärt ist, sie sollten nach der Willkühr des Richters bestraft werden, beweist nicht eben dies schon hinlänglich, daß den Richtern diese Freiheit nur bei diesen Verbrechen, mithin als Ausnahme, zustehen solle? Gilt eben dies von allen,

was

was immer für Strafgesetzen unterworfenen, Verbrechen, warum ist es nur bei diesen festgesetzt, warum nur auf einzelne Verbrechen eingeschränkt, was von allen gelten soll? Versteht es sich von selbst, daß alle Verbrechen nur nach den besondern Umständen der That bestraft werden sollten; so brauchte er dies bei gewissen Verbrechen nicht ausdrücklich zu verordnen, und wenn er etwas thun wollte, so mußte er nur durch ein allgemeines Gesetz, welches etwa einen Katalog von den zu bestrafenden Verbrechen enthielte, verordnen, daß nach der Willkühr des Richters diese Verbrechen bestraft werden sollten. Aber daß er nur bei diesen bestimmten Verbrechen dies erklärte, davon kann ich den Grund weder ahnden noch verstehen, und kann mich, wenn jene Theorie recht ist, nur mit dem trägen Sprüchlein des *Julian:* non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, über diese unüberwindliche Unwissenheit trösten.

Allein fast alle Rechtsgelehrten haben sich eine Theorie ersonnen, welche allen jenen Einwendungen zu begegnen scheint, und durch welche sie beweisen zu können glauben, daß selbst der Richter als solcher berechtigt sey, vermöge des

Gra-

Grades der Strafbarkeit in concreto, die gesetzliche Strafe zu schärfen oder zu mildern; daß selbst in den Strafgesetzen der Grund ihrer Beschränkung auf gewisse Fälle liege, und jene Abweichung von der gesetzlichen Strafe dem Willen des Gesetzgebers selbst völlig gemäß sey. Sie nehmen mit uns an, daß der Richter lediglich unter dem Gesetze stehe, nach keinem andern Grunde als nach dem Gesetze selbst zu erkennen habe, und eine Ueberschreitung dieser Grenzen den Richter strafbar mache. „Judex in poenis infligendis nec durior, nec mitior lege esse debet, sagt *Heisler* *). Pervulgatum namque est, judicem non esse supra leges, sed in earundem recta ad facta applicatione ejus officium versari. Finge autem judicem sese vel duriorem vel mitiorem lege in infligenda poena praestare; et utique legi morem non gerit, sed potius ea neglecta novam sibi judicandi normam fingit ex suo cerebro, hanc suam, non superioris legem, applicans. — Sie führen daher diese Milderungsgründe auf dem Wege der Interpretation in das Criminalrecht ein. Der Richter, sagen sie, hat doch das Recht die Gesetze auszulegen; sie nicht blos nach ihren nackten

*) Diss. *de justis poenam mitigandi causis*. §. 12.

nackten Worten zu nehmen, sondern diese Worte nach dem Geiste des Gesetzes, der eigentlichen Absicht des Gesetzgebers, bald zu beschränken bald zu erweitern. Der Richter, welcher hiernach das Gesetz anwendet, handelt nicht nur rechtmäßig; sondern er würde auch pflichtwidrig handeln, wenn er so nicht thun, sondern den Geist durch das Wort töden wollte *). Da es sich nun zeigen läßt, daß nach dem wahren Geiste eines jeden Gesetzes das Strafübel nur auf den vollen dolus stillschweigend beschränkt ist, so folgt von selbst, daß, im Fall an dieser Bedingung etwas mangelt, die gesetzliche Strafe gemildert werden müsse. Nach diesem Gesichtspunkte unterscheiden sie daher auch die mitigatio ex capite gratiae von der mitigatio ex capite justitiae. Diese ist eine solche, welche durch die Interpretation nach dem Gesetze, jene aber eine solche, welche durch eine blos unvollkommene Pflicht gegen das Gesetz bestimmt wird **). Die ganze Gründlichkeit dieser

*) Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legum sententiam ejus circumvenit. *L. 29. D. de legibus.*

**) Mitigatio poenae duplex est, alia fit ex mera gratia, alia ex justa causa; altera est solius prin-

dieser Theorie beruht nur darauf: ob eine solche Interpretation möglich ist, und ob es einen Grund giebt, aus welchem man zeigen kann, daß jene Bedingung wirklich in jedem Strafgesetze enthalten sey? Die Gegner mögen hierauf selber antworten. „Wenn das Gesetz, sagt Kleinschrod *), für eine Gattung von Handlungen eine Strafe bestimmt, so muß man, um sie anwenden zu können, voraussetzen, daß nicht nur derjenige Vorsatz ganz vorhanden sey, welcher bei dieser Art von Missethat gewöhnlich ist, sondern auch daß das Verbrechen ganz existire. — Fehlt es bei einem Verbrechen an dem vollen Vorsatze, so ist dasselbe aus innern Gründen nicht vollkommen zuzurechnen; also ist ein Hinderniß da, die volle Strafe anzuwenden, weil eine That nicht vollkommen kann bestraft werden, wenn keine vollständige Zurechnung statt findet." Im §. 57. fährt er folgendermaßen fort: „Wenn das Gesetz ein Verbrechen straft, so setzt es nebst andern den vollkommenen Dolus voraus. Denn die Drohung wird nur gegen jenen wirksam, der

principis, et dicitur aggratiatio, altera etiam a judice exercetur, et est species interpretationis. *Berger El. jur. crim. P. I. Obs. VIII.*

*) Systemat. Entw. Thl. II. §. 55. ff.

der das Ansehen der Gesetze verachtet, vielmehr durch Ueberschreitung derselben der gesellschaftlichen Ordnung trotzt. Je größer dieser Trotz ist, desto größer muß auch die Strafe seyn. Setzt nun der Wille des Regenten eine Strafe fest; 1) so denkt er sich die gewöhnlichen Fälle der That, gegen welche die Drohung ergeht, er denkt sich den Dolus, der bei dieser Art Handlungen gewöhnlich eintritt, oder den möglichst höchsten Vorsatz, der dieser Gattung von Verbrechen eigen ist. Fehlt es am Daseyn des Dolus, so geht die Bedingung ab, unter welcher das Gesetz die Vollziehung der ordentlichen Strafe gestattete. 2) Zudem ist derjenige für die Sicherheit der Gesellschaft nicht so gefährlich, dessen That nicht voll kann zugerechnet werden. Da nun die Gefahr für den Staat den gewöhnlichen Maasstab der Strafe an die Hand giebt, hier aber dieselbe in einem verminderten Grade erscheint, und der Angriff gegen die gesetzliche Ordnung geringer ist, so kann auch die gesetzliche Regel nicht eintreten *)" Eben so argumentirt auch Klein **): „Soll ein eigentlicher Milderungsgrund

*) Man sehe noch: Thl. II. §. 78.

**) Grundsz. des peinl. Rechts. §. 169.

grund eintreten, so muß das Strafübel größer seyn, als es nach der Absicht des Gesetzes im Verhältnisse gegen die Strafbarkeit der Handlung seyn soll, und es soll doch zur Vollständigkeit des Verbrechens selbst nichts fehlen. Es kann also ein solcher Milderungsgrund nur darin liegen, entweder daß die Bosheit oder der Schade geringer ist, als das Gesetz annimmt." Wir wollen noch Grolman hören. „Das Gesetz, welches angewendet werden soll, kann entweder eine bestimmte Strafe ordnen, oder sie ganz oder zum Theil dem richterlichen Ermessen überlassen. Ist sie ganz seinem Ermessen überlassen, so muß er sie mit der größten Sorgfalt nach dem Maasstabe bestimmen, nach welchem die Gesetzgebung sie abgemessen haben will. — Ist die Strafe in dem Gesetze ganz bestimmt; so muß er jezt die Bedingungen des Falls aufsuchen, welchen der Gesetzgeber bei seiner Sanktion vor Augen hatte. Hat der Gesetzgeber diese selbst angegeben, so bedarf es keines weitern Suchens; ist aber dieses nicht geschehen, dann muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber von dem gewöhnlichen Falle voller subjectiver Gesetzwidrigkeit rede *)."

Das

*) Man vergleiche noch: *Carpzov praxis rer. crim.* Q. 142. — Westphals Criminalrecht

Das Princip, von welchem diese Rechtslehrer ausgehen, ist vollkommen gegründet. Was gesetzliche Bedingung zur gesetzlichen Strafe ist, es mag nun diese Bedingung in der Beschaffenheit der Handlung selbst, oder in einem subjectiven Grunde der Strafbarkeit bestehen, dessen Nichtexistenz in con-

S. 104. ff. — Quistorp peinl. R. Tbl. 1. §. 99. — *Boehmer ad art.* 105 C. C. C — Stelzer Grundsätze des peinl. R S. 212. §. 10. — *Ge. Jac. Frid. Meister princ. jur. crim.* P. I. L. II. c. 6. — *Esaj. Puffendorf de arbitrio judicis circa poenas.* §. 1. — *Heisler de just. poen. mitigandi causis.* § 19. — *Berger Elect. crim. obs. VIII. p.* 412. Derjenigen, die ein solches Milderungsrecht bestreiten, kann ich nur wenige anführen. Viele Aeltere erklären sich zwar gegen das Milderungsrecht des Richters überhaupt, aber mehr aus positiven Gesetzen, als aus allgemeinen Principien. Mehrere derselben findet man angeführt bei *Tiraquell de poenis temperandis.* Praef. — *Carpzov* l. c *Gonzalez Tellez* in Com ad. C. 4. X. de officio et potestate jud. delegati. — Unter den neuern wüßte ich keinen für mich anzuführen, ausser Einem unserer philosophischen Juristen: *Gros* in seiner Diss. de notione poenarum forensium. § 14 und 15. wo er das Recht, die ordentliche Strafe zu mildern, nur auf die von den Gesetzen ausdrücklich bestimmten Fälle einzuschränken scheint. Kürzlich habe ich mich selbst gegen diese Milderungsgründe erklärt in meiner Diss. de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis. Jen. 1799.

concreto ist Grund zur Aufhebung, oder, wenn andere gesetzliche Bedingungen vorhanden seyn sollten, zur Milderung der Strafe *). Was sie daher von den objectiven Voraussetzungen sagen, von dem Schaden, der geringer ist, als das Gesetz bestimmt, wird von niemand bezweifelt werden können. So ist es z. B. völlig ausgemacht, daß die Stafe des Schwerds, die Carl auf die Nothzucht setzt **) nur dann angewendet werden könne, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen — durch Gewalt erzwungenes stuprum, an einer unverläumdeten Person, wodurch dieser „jr junkfrawlich oder frewlich ehr" genommen wird —

in

*) Man wird daher meine Meinung nicht mit *Beccarias* Behauptung, daß dem Richter nicht einmal das Recht zur Interpretation der Strafgesetze zukomme, verwechseln. Diese Behauptung, so gut gemeint sie auch ist, und so sehr sie beim ersten Anblicke blendet — ist doch nur italiänischer Witz. Mehrere haben dies vollkommen bewiesen; auch wüßte ich Niemanden zu nennen, der, was doch nicht selten ist, hier dem Italiener nachgebetet hätte. Man sehe die *Theorie des loix criminelles. Ch III. Sect. 5.* — *Schott observ. de delictis et poenis ad recentiorem librum Italicum de hoc argumento.* §. 4. und Schall von Verbrechen und Strafen. S. 13—21.

**) Art. 119. C. C. C.

in dem concreten Falle eingetreten sind. Wenn also das stuprum nicht vollendet, wenn das vollendete nicht erzwungen, wenn das erzwungene nicht an einer unverläumdeten Person begangen worden; so wäre es offenbar Ungerechtigkeit, die Strafe des Todes anzuwenden. Es würde auf die rechtliche Folge erkannt, ohne daß die rechtliche Bedingung vorhanden wäre. Ganz ungestraft kann aber ein solches Verbrechen, an welchem das eine oder das andere Requisit fehlt, nicht gelassen werden, denn daß eine Handlung, welche nur das eine oder das andere Requisit hat, ebenfalls nach dem Gesetze strafbar sey, ist daraus offenbar, weil jene Merkmale der Handlung in dem Gesetze als Voraussetzungen genannt sind, unter welchen gestraft werden soll. Da nun die volle Strafe nicht anwendbar ist, aber auch nicht alle Strafe wegfallen kann, so muß, wegen eines Mangels an den in dem Gesetz ausdrücklich festgesetzten Bedingungen, ein geringeres Strafübel, als das gesetzliche, angewendet werden. Wenn also auch der Art. 137 auf den einfachen Todschlag nicht ausdrücklich eine gelindere Strafe, nemlich das Schwerd, gesetzt hätte, und hätte nur so, wie es geschehen ist, mit der Strafe des Rads den vorsetzlichen muthwilligen Mörder belegt; so könnte

den-

dennoch diese Strafe nicht auf den Todschläger aus „gecheit und zorn" ausgedehnt wrrden. Denn der praemeditatus animus ist die gesetzliche Bedingung zu jener schweren Strafe. — Zu derselben Classe gehört der Fall, welchen der Verf. der Abhandlung: Ueber die Natur und Grenzen der richterlichen Willkühr *), als Beispiel des Milderungsrechts giebt. Er denkt sich nemlich eine Kindermörderin, die ihr unreifes neugebohrnes Kind, ohne vorher ihre Schwangerschaft verheimlicht, oder den boshaften Vorsatz zur Ermordung ihres Kindes gefaßt zu haben, aus einer momentanen Anwandlung der Furcht vor Schande in einem nahe liegenden Wasser ertränkte, und behauptet ganz richtig, daß hier die ordentliche Strafe des Kindermordes nicht angewendet werden könne. Aber warum nicht? Aus keiner andern Ur-

*) Hagemanns und Günthers Arch. 1. Bd. n. X. 2 et §2 ff Sonderbar ist es, daß der Vf. diesen Fall als ein Beispiel aufstellte, wie man aus dem präsumtiven (stillschweigenden) Willen des Gesetzgebers, wegen des Grades der Strafbarkeit in concreto, eine restrictive Erklärung ableiten könne; da doch in diesem Beispiele weder von einer restrictiven Erklärung, noch von einer stillschweigenden Erklärung des Gesetzgebers die Rede seyn kann.

Ursache, als weil, wie der Verfasser richtig bemerkt, die gesetzlichen Bedingungen nicht vollständig vorhanden sind, die das Gesetz nach seinen ausdrücklichen Worten zu der Strafe des Ertränkens fodert. Diese ist nicht schlechthin auf das bloße Factum der Tödung eines Kindes gesetzt; sondern es gehört, nach dem Art. 131. auch noch das zu der gesetzlichen Voraussetzung, daß die Person „ihr Kind das 1) Leben und Gliedmaßen empfangen hat, 2) heimlicher *), 3) boshaftiger, williger weise ertödet." Der Richter, der in jenem Falle nicht mildern wollte, würde geradezu gegen das Gesetz handeln, und eine That mit einer Strafe belegen, die das Gesetz nach seiner ausdrücklichen Erklärung dieser Strafe nicht

*) Ich glaube nemlich, daß durch dieses Beiwort Carl die Verheimlichung der Schwangerschaft zur Bedingung der vollen Strafe macht. *Boehmer* ad art. 137. §. 10. glaubte zwar mit fast allen Rechtsgelehrten dieses Wort stehe darum hier „non ut Imperator determinaret dolum, sed ut circumstantiam adderet, quae ut plurimum infanticidio recens natorum propria esse solet." Aber dann ist ja dieses Beiwort ganz überflüßig, da fast alle Verbrechen jeder Art nicht öffentlich, sondern heimlich geschehen. Durch jene Erklärung erhalten auch die folgenden Worte mehr Bestimmtheit und Deutlichkeit.

nicht unterwarf. — Wenn daher das Recht der Milderung nur hierauf beschränkt seyn soll, wenn die gesetzliche Strafe nur dann, wegen eines geringern Grades des Vorsatzes gemildert werden soll, wenn das Gesetz ausdrücklich einen bestimmten Grad des dolus zur gesetzlichen Bedingung gemacht hat, und in dem vorkommenden Falle nur ein geringerer Grad vorhanden ist; dann bin ich vollkommen mit meinen Gegnern einig. Aber sie wollen noch mehr, als dies. Sie behaupten, daß volle Freiheit in jedem Strafgesetze eine stillschweigende Bedingung der ordentlichen Strafe sey. Und das ist es, was wir bezweifeln und wofür wir von unsern Gegnern den Beweis verlangen.

Die erste Antwort giebt uns hierauf Kleinschrod, wenn er unter andern behauptet, das mit voller Zurechnung begangene Verbrechen, schwebe, weil es das gewöhnlichste sey, bei Bestimmung der Strafe, dem Gesetzgeber vor; dieser denke dabei nicht an das Ungewöhnliche und Ausserordentliche, wie dies der Fall bei einem Verbrechen von verringerter oder besonders erhöhter Zurechnung sey: mithin könne auch die gesetzliche Strafe auf diese, von dem Gesetzgeber nicht beach-

teten

teten Fälle nicht angewendet werden. Man sieht daß hier Kleinschrod noch nicht von der Nothwendigkeit dieser Bedingung auf ihre Wirklichkeit schließt, sondern daß er diese aus der Erfahrung annimmt. Der Schluß in seinem Argumente ist: wenn man sich eine Sache denkt, so denkt man sich diese nach ihrer gewöhnlichen Beschaffenheit; nun aber ist bei diesem Verbrechen, diese Art sich zu bestimmen, gewöhnlich; folglich denkt sich auch der Gesetzgeber, wenn er an das Verbrechen (bei der Gebung des Gesetzes) denkt, nur immer diese Art sich zu demselben zu bestimmen. —

Das erste, was ich hier nicht begreife, ist dieses: wie nemlich diese Art zu argumentiren mit den unbezweifelten Regeln aller Interpretation vereinbart werden könne, und wie man aus einer bloßen Vermuthung, den Sinn eines Gesetzes, der in den Worten offen da liegt, willkührlich beschränken dürfe? Durch die Interpretation soll der Wille des Gesetzgebers erklärt, soll der Sinn und die Absicht seiner Verordnung bestimmt werden. Der Sinn (mens *) des Gesetzes ist in dessen Wor-

*) Ich nehme hier Sinn des Gesetzes (mens legis) in dem Verstande, in welchem ihn *Eckhard* herm. jur.

Worten enthalten. Durch diese Worte erklärt der Gesetzgeber unmittelbar seinen Willen, sie sind die unmittelbaren Zeichen seiner Gedanken, an sie verweist er uns, indem er spricht, um seinen Willen und seine Absicht zu erkennen. Diesen Sinn zu erforschen ist daher das unmittelbare Objekt der Interpretation, dieser Sinn ist die nächste und zuverläßigste Quelle aller rechtlichen Urtheile, und es kann uns schlechterdings nicht erlaubt seyn, ihn zu verlassen und über diese ausdrückliche Erklärung des Gesetzes hinaus zu gehen, — als wenn wir einen zuverläßigern von den Worten verschiedenen Erkenntnißgrund des gesetzgeberischen Willens haben. Unsere Rechtssätze müssen daher immer zunächst durch diesen Sinn der Gesetze bestimmt seyn, dürfen keine größere und keine geringere Sphäre beschreiben, als diejenige ist, welchen die Worte des Gesetzes selbst (diese mögen nun an und für sich klar seyn, oder

mögen

jur. §. 24. nimmt, und durch welchen er von dem Geiste der Gesetze, den die ratio legis bestimmt, unterschieden ist: „quod ex verbis legis recte acceptis, colligitur, *mens legis* vocatur. Daß die römischen Juristen unter mens legis nicht blos den Sinn, sondern auch den Geist des Gesetzes begriffen, zeigt *Walch* ad *Eckard* l. c.

mögen nach Regeln der Erklärungskunst bestimmt werden können) beschreiben. Nur dann können wir von diesem Sinne der Gesetze abweichen, wenn wir beweisen können, daß der Gesetzgeber durch diese Worte die Absicht, seinen Willen vollständig zu erklären, nicht erreicht habe, daß er sich etwas anders dachte, als er sagte; daß er entweder mehr oder weniger sagte, als er sagen wollte; kurz, wenn wir einen von den Worten verschiedenen Grund haben, aus dem wir die eigentliche Absicht des Gesetzgebers erkennen. Einen solchen Grund gewährt uns die ratio legis, welche uns auf den Geist des Gesetzes führt, und welche, wenn sie den Sinn des Gesetzes weiter ausdehnt, die extensive, wenn sie ihn beschränkt, die restrictive Erklärung begründet. Aber eben darum, weil wir nicht willkührlich von der ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers abweichen dürfen, muß die ratio legis gewiß, darf nicht aus bloßer Präsumtion angenommen, sondern muß zuverläßig und erwiesen seyn. Denn diese ratio legis soll ein Grund der Erkenntniß des eigentlichen gesetzgeberischen Willens seyn; ein ungewisser Grund der Erkenntniß aber ist ein logischer Widerspruch und eine Beschränkung des erwiesenen Sinnes der Gesetze, durch diesen vermutheten Geist, ist die größte Anmaßung,

welche

welche nur dazu dienen kann, die Gesetze zu verdrehen, nicht aber sie zu erklären. Wenn wir also ein Gesetz extensive oder restrictive erklären wollen, und die Worte desselben einen bestimmten und zuverläßigen Sinn geben; so muß ein Gesetzgrund vorhanden seyn, der entweder in dem Gesetze selbst ausgedrückt und daher unmittelbar gewiß ist *), oder der aus richtigen, historischen Datis folgt und daher mittelbare Gewißheit hat **). Nur dann dürfen wir es uns erlauben, aus bloßen Muthmaßungen und wahrscheinlichen Gründen zu argumentiren, wenn der Sinn des Gesetzes selbst dunkel und zweideutig ist, wenn alle Künste der Kritik und Hermeneutik nicht zureichen, einen ge-

*) Solche Fälle giebt es freilich in allen uns bekannten Gesetzbüchern nur wenige. Oft sind auch solche von dem Gesetzgeber selbst angeführte Gründe so gut, wie gar keine, wie dies unser römisches Gesetzbuch beweist, welches *Hauck* in seinen *Diss. de rationibus veterum JCtorum falso suspectis.* Traj. ad Rhen. 1734. von diesem Vorwurfe zu retten versuchte. Die Carolina giebt ebenfalls hin und wieder die Gründe ihrer Verordnungen an, z B. Art 31. 36. 43. 47. 131. 143. 146. 150. 162. cf. *Walch introductio in lectionem C. C. C.* Sect. 3. §. 2. in Glossario. p. 84.

**) *Eckhard herm. jur.* §. 33.

gewissen Sinn zu entdecken, zugleich' auch keine gewisse Gesetzursache vorhanden ist, welche uns durch feste Schlüsse zur Erkenntniß der Willenserklärung des Gesetzgebers leiten könnte. Und in diesem Falle ist unsre Interpretation weder extensiv noch restrictiv; wir augumentiren nicht aus dem Geist des Gesetzes gegen seinen Sinn; sondern wir wollen durch den Gesetzgrund den eigentlichen Sinn des Gesetzes entdecken. Aber aus vermutheten Ursachen den deutlichen Sinn eines Gesetzes beschränken, heißt durch ungewisse Argumente Thatsachen aufheben, aus zweifelhaften Principien nicht zu bezweifelnde Consequenzen ziehen *). Was ist

*) Sehr gute Bemerkungen über die Interpretation findet man in (Grolmans) Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. 1. Thl. 1 St. Num. 2. — Treffend erklärt sich *Reinharth* in seiner *Diss. de causis ob quas judex potestatem mitigandi poenas falso sibi arrogat*, (Erf. 1734) gegen diese Methode der Interpretation um daraus eine Milderung der Strafe abzuleiten; ob sie gleich zu seiner Zeit von niemand versucht worden war. Quando ex verbis legis. sagt er §. 4, legislatoris voluntas tam aperte perspicitur, ut de ea plane dubitari non possit, casusque quidam in ipsa lege decisus reperitur, tunc judex aequitatis obtentu legem clarissimam interpretatione sua emollire non debet, nisi singularis circumstantia adsit, ob quam

ist denn also mit jenem Argumente gesagt? Wenn das Gesetz deutlich spricht und seinem Sinne nach unbedingt auf eine gewisse Handlung eine bestimmte Strafe setzt, was nöthigt uns denn über diesen Sinn hinauszugehen, und anzunehmen, daß nicht alle Handlungen, von denen das Gesetz spricht, mit jener Strafe bedroht seyen? die Dunkelheit des Sinnes kann ein solcher Grund nicht seyn; denn die ganze Frage setzt voraus, daß der Sinn deutlich ist. Also nur der Umstand nöthigt uns dazu, daß der Gesetzgeber bei Gebung dieses Gesetzes blos an die gewöhnlichen Fälle gedacht hat, und daß der gewöhnliche Fall des in dem Gesetz benannten Verbrechens, das mit voller Zurechnung begangene Verbrechen ist. Aber woher wissen wir denn daß den geistigen Augen des Gesetzgebers das wirklich vorgeschwebt habe, was ihm nach jener Meinung vorschweben soll? durch die Erfahrung, daß man gewöhnlich nur an das gewöhnliche denkt; daraus ergiebt sich aber blos die höchstschwankende Vermuthung, daß nur diese nicht

auch

quam' leges judici semper mitigandi facultatem concedunt; cum judex haud legum arbiter sed minister sit, et de legibus claris ipsi judicare non liceat,

die ungewöhnlichen, selten vorkommenden Seiten des Gegenstandes dem Blicke des Gesetzgebers gegenwärtig waren. Daß der Gesetzgeber wirklich nur hieran gedacht habe, dafür ist uns nirgends ein Datum gegeben, und eben, weil uns ein solches Datum mangelt, können wir jenen Umstand blos nach der Analogie vermuthen, und können eben so wenig jemanden diesen Umstand beweisen, als wir die Nichtexistenz desselben beweisen können. — Aber nein! es kann dieser Umstand nicht einmal vermuthet werden. Wem ein Gegenstand nur zufällig vor die Seele kommt, wem diese oder jene Handlung nur so einfällt, der wird sich dieselbe freilich blos nach den Prädicaten vorstellen, nach welchen er sie schon öfters vorgestellt hat; denn Einfälle bewirkt die Phantasie, welche selbst, wenn sie dem Verstande dienen will, ihm nach dem Gesetze der Ideenassociation nur diejenigen Merkmale einer Vorstellung vorhalten wird, welche sich am lebhaftesten und tiefsten in das Gemüth eingedrückt haben. Und dies sind dann die gewöhnlichsten, die das Gemüth am öftersten wahrgenommen und am lebhaftesten vorgestellt hat. Aber eben dadurch unterscheidet sich die Reflexion von diesem Produciren der Phantasie und des Erinnerungsvermögens, daß sie die Gegenstände in

ihrem

ihrem ganzen Umfange von allen Seiten, nach den gewöhnlichen wie nach den ungewöhnlichen Merkmalen erwägt. Sie ist nicht ein Werk des Zufalls, sondern der Freiheit, sie nimmt die Objecte nicht blos auf, wie sie ihr durch den Mechanismus der Phantasie gegeben werden, sondern sie dringt selbstthätig in die Natur des Gegenstandes ein, bringt auch die dunkelsten und entferntesten Merkmale zum klaren und deutlichen Bewußtseyn, und ruft, wenn sie durch Erfahrung geleitet wird, auch das seltnere oder blos mögliche vor des Geistes Blick. Und dem Gesetzgeber wird man doch wohl diese Reflexion zutrauen, von ihm wird man es doch wohl erwarten und voraussetzen können, daß er die Handlung, über die er etwas festsetzen will, nicht blos nach dem Einfalle ansieht, sondern daß er sie untersucht, in ihre Theile zerlegt, mit seinem Verstande nach allen Rücksichten betrachtet. Wie kann man man also von ihm sagen: er könne nur an die gewöhnlichen Fälle des zu bestrafenden Verbrechens denken, die ungewöhnlichen fielen ihm nicht bei, es sey also auch nicht zu präsumiren, daß er für diese ungewöhnlichen Fälle das Gesetz gegeben habe. Die Voraussetzung stützt sich daher auf einen psychologischen Irthum, und nimmt an, daß der Gesetzgeber eben nicht zu erröthen brauche,

wenn

wenn er fast bei jedem vorkommenden Falle, wie der Pöbel in dem Horaz, das: haec non cogitaram! sagen muß. — Man wendet mir vielleicht ein, daß der Gesetzgeber als ein beschränktes Wesen nicht an alles denken könne. Ich gebe dies zu; frage aber: wenn es denn doch nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber an das blos gewöhnliche denken könne, und wenn man eingestehen muß, daß er wohl noch etwas mehr als die gewöhnlichen Fälle denken werde; — wo findet man denn die Grenze zwischen dem gewöhnlichen und dem allerungewöhnlichsten, wie demonstrirt man uns, welche Vorstellungen er gerade gehabt habe und welche er nicht gehabt habe? Es ist dies freilich eine etwas sonderbare Zumuthung; aber eben darum glaube ich, daß man nicht so leicht eine Antwort darauf finden dürfte. Was nun aber die Behauptung betrifft, daß das mit voller Zurechnung begangene Verbrechen das gewöhnlichste Verbrechen einer jeden Art sey; so dürften diesen Satz wenigstens die Rechtssprüche unserer Juristen selbst widerlegen. Denn in diesem findet man immer nur halb strafbare Verbrecher, und unter dreißig Mördern oder Dieben kann man immer wenigstens auf zwanzig rechnen, die ex capite impeditae libertatis von der ordentlichen

Strafe

Strafe losgesprochen werden. Doch! dem sey wie ihm wolle. Wenn es denn auch mit Euclids Strenge demonstrirt wäre, daß nach psychologischen Erfahrungen der Gesetzgeber nur auf den gewöhnlichen vollen Dolus gesehen habe, ja daß er nur darauf habe sehen können, folgte denn wohl hieraus etwas für die restrictive Interpretation des Strafgesetzes? wie kann daraus, daß in dem Gemüthe des Gesetzgebers, als er diese Verordnung gab, diese Vorstellung gegenwärtig war, daß sich mit der Vorstellung von dem äussern der zu bestrafenden That, auch noch die Vorstellung eines bestimmten, gewöhnlichen Falls, associirt habe, wie kann denn daraus gefolgert werden, daß nur für diesen Fall die Pönalsanction gegeben sey? Diese Vorstellung ist doch an sich noch keine ratio legis, kein Princip für die Existenz des Gesetzes, kein Grund der den Gesetzgeber bewogen hätte, dieses Gesetz zu geben, mithin auch kein Princip, das den Umfang des Gesetzes bestimmen und ein Leitfaden für die Interpretation seyn könnte. Sonderbar ist es doch auch in der That, daß man sich nur bei den peinlichen Gesetzen dieser Interpretationsmethode bedient und sie bei den Civilgesetzen verwirft. Mir wenigstens ist noch kein Fall bekannt, daß man blos darum ein Gesetz hätte restrictive

oder extensive erklären wollen, weil der Gesetzgeber nur jenen oder diesen Fall im Blicke gehabt habe. Der römische Senat dachte, als er das Senatusconsultum Macedonianum gab, gewiß nur an den leichtfertigen Filius Familias, dachte gewiß nur an den gewöhnlichen Fall, daß Jünglinge noch unter der väterlichen Gewalt stehen, und daß diese jungen Filii Familias gewöhnlich leichtfertig sind. Würde man aber nicht den Interpreten verspotten, der die Verordnung dieses Gesetzes, daß ein Darlehn bei einem solchen nur eine natürliche Verbindlichkeit hervorbringen solle, blos auf jenen gedachten Fall ausdehnen, und den männlichen Sohn des Hauses, oder einen bedächtlichen frühreifen Jüngling, von dem Gesetze ausschliessen wollte? Gilt aber jene Methode bei den peinlichen Gesetzen, warum soll sie nicht auch bei den bürgerlichen gelten, da diese eben keine Auszeichnung in dieser Rücksicht verdienen, und wohl eben so gut auf die Rechte einer solchen psychologischen Interpretation Anspruch haben, wie jene. Aber freilich bedürfte es nur dieses Mittels um alle Gesetzkraft von Grund aus zu zerstören — und dies darf man blos bei den Criminalgesetzen, wo Leib und Leben auf dem Spiele steht, und wo man aus pflichtmäßiger Barmherzigkeit gegen

die

die Missethäter die Strenge der Gerechtigkeit etwas erweichen und geschmeidig machen muß!

Allein mit der Widerlegung dieses Arguments haben wir nur noch wenige Schritte vorwärts gethan. Es ist in der That das schwächste unter allen, und dem Scharfsinne der Männer, die an dem Criminalrechte gearbeitet haben, konnte es an würdigern Waffen für ihre Theorie nicht fehlen. Es muß, es kann nur für den Fall das Gesetz gegeben werden, wo volle Freiheit die Ursache der That ist. Denn die Strafe soll gerecht seyn, und dies kann sie nur dann seyn, wenn sie auf ein Verbrechen gerichtet ist, das mit voller Freiheit begangen wurde. Ein Gesetzgeber würde sich selbst widersprechen, wenn er das Gesetz weiter ausdehnte; denn er will strafen: da nun aber Strafe nur dann rechtlich möglich ist, wenn sie dem Grade der concreten Strafbarkeit, welche eben durch den Grad der Zurechnung bestimmt wird, angemessen ist; so folgt, daß die gesetzliche Strafe nur auf den Fall des mit voller Zurechnung begangenen Verbrechens angedroht und daher unter der Bedingung festgesetzt seyn müsse, daß die ordentliche Strafe dem Grade der Strafbarkeit in concreto angemessen sey. Dieses ist das Haupt-

argument unserer Gegner, dessen sie sich insgesammt ausdrücklich bedienen und auch in ihrer Theorie von Strafe überhaupt, wenigstens scheinbar enthalten ist. Durch diesen Grund scheinen auch die Einwürfe, welcher wir uns gegen eine gewisse Modification dieser Theorie bedient haben, wenigstens zum Theil befriedigt zu seyn. Es hat nemlich wirklich das Ansehn, als wenn nun die Milderung der Strafe mit der Auctorität des Gesetzes ganz bestehen könne. Das Gesetz soll nicht nach höhern Principien beurtheilt und hiernach die Strafe bestimmt werden. Es soll nach dem Gesetze selbst die Strafe erkannt werden, und die Anwendbarkeit desselben ist nur durch die in demselben nothwendig enthaltenen gesetzlichen Voraussetzungen beschränkt. Daher muß auch die gesetzliche Strafe zuerkannt werden, sobald nur das Verbrechen mit voller Zurechnung begangen worden ist, und dadurch unterscheidet sich das bestimmte Strafgesetz von dem unbestimmten *). Wegen eines Mangels an der Freiheit die Strafe zu mildern, scheint daher eben so wenig widerrechtlich und der categorischen Erklärung des Gesetzes zuwider zu seyn, als es

rechts-

*) Si certa poena lege est definita, hanc ipsam, *modo promerita sit*, judex irrogare tenetur. *Meister princ. jur. crim.* ed 3tia §. 106.

rechtswidrig ist, die gesetzliche Strafe, wegen eines Mangels an den ausdrücklich festgesetzten Bedingungen, zu mildern.

Es kommt hier alles darauf an: ob das Fundament haltbar ist, ob die Strafe sich nur auf einen bestimmten Fall bezieht, und daher das Strafgesetz, seiner Natur nach, durch die Bedingung beschränkt ist, daß die Strafe mit dem Grade der Strafbarkeit in concreto übereinstimme. Wir haben aber gezeigt, daß dies auf keinen Fall zum Wesen der Strafe gehöre, daß dies sogar derselben vollkommen und geradezu widerstreite. Die Strafe sucht nicht einem künftigen Verbrecher, wegen der zu befürchtenden Beleidigungen, zuvorzukommen; denn ein solches Recht läßt sich nicht erweisen, und wenn es sich erweisen ließe, so wäre das aus einem solchen Rechte zugefügte Uebel keine Strafe. Es sind daher auch die Principien der Prävention, nach welcher das Sicherungsübel gerade dem Grade der Drohung des Verbrechens angemessen seyn, mithin die Größe des Sicherungsübels immer in concreto beurtheilt werden muß, durchaus nicht auf die Strafe anwendbar. Es ist daher auch falsch, daß der Gesetzgeber die ordentliche Strafe nicht auf alle Verbrechen derselben Art androhen,

son-

sondern nur unter der Bedingung androhen könne, wenn das Verbrechen mit voller Freiheit begangen worden ist. Es ist also auch falsch, was hieraus für ein vermeintliches Recht des Richters, nach dem Grade der Strafbarkeit in concreto die Strafe zu bestimmen, bei bestimmten Strafgesetzen gefolgert wird. — Hat die bürgerliche Strafe den Charakter einer moralischen Strafe, hat sie, wie Möser sagt, die moralische Häßlichkeit des Verbrechers zu bestrafen und das Uebel mit der sittlichen Schuld in Harmonie zu bringen; dann muß freilich ebenfalls der concrete Grad der Freiheit ein Maasstab für die Bestimmung der Strafe in concreto seyn, und das Gesetz muß diese stillschweigende Bedingung in sich enthalten, da die möglichen Grade der Freiheit so verschieden sind. Es steigt und fällt diese Folgerung mit jenem Begriffe der Strafe. Dieser hat aber mit der Präventionstheorie ein und dasselbe Schicksal, nemlich daß er unerweislich und falsch ist. Denn es wurde dargethan, daß die bürgerliche Strafe mit der moralischen nichts, als den Gattungsbegriff, Strafe, gemein hat. Mithin ist auch die Folgerung falsch, die nothwendige Beschränkung der bestimmten Strafsanktion unerweislich und der Beweis für jene Befugniß des Richters erschlichen. Was diejenigen

bes

betrifft, welche in die unmittelbare Abschreckung den Grund des Strafübels setzen, so ergiebt sich freilich soviel aus ihrer Theorie, daß die Strafe in concreto, nach den besondern Bedürfnissen des Staats und nach der Stärke des Reitzes, der aus einem bestimmten Verbrechen entstand oder entstehen konnte, abgemessen werden müsse; allein es läßt sich schlechterdings hieraus nicht folgern, daß die Strafe dem Grade der Zurechnung in concreto angemessen seyn müsse. Hier muß ja doch offenbar die Größe der Strafe durch die Stärke des Reitzes in andern bestimmt werden, durch die Größe der Gefahr, die dem Staate von andern Bürgern bevorsteht. Wie hängt nun die Größe dieses Reitzes mit dem Grade der Zurechnung zusammen? wird etwa der Antrieb in andern zu dem Verbrechen um so stärker oder dringender, je größer in dem Verbrecher selbst die Freiheit war? ist nur dann die Anlockung zu Verbrechen in andern so stark, daß sie die gesetzliche Strafe verdient, wenn sich des Subject mit voller Freiheit zu der That bestimmt hat? Es ist offenbar, daß die Vertheidiger dieser Vorstellungsart sich selbst ungetreu werden, und eine Eigenschaft der moralischen Strafe unvermerkt in die bürgerliche Strafe einschleichen lassen. Sie sehen, daß die Größe der Immoralität

eines

eines Verbrechens von dem Grade der Freiheit abhängt; sie unterscheiden nicht den moralischen und rechtlichen Gesichtspunkt bei dem Verbrechen, nehmen das, was ihnen der gemeine Verstand aufdringt, sogleich für ein rechtliches Urtheil, und glauben dann, ohne daß sie diesen Glauben zu rechtfertigen vermögen, daß Freiheit auch die Bedingung der abschreckenden Strafe sey. Es ist hier diese μεταβασις εἰς ἀλλο γενος um so weniger zu bezweifeln, da die Rücksicht auf den Grad der Imputabilität des Verbrechens, nicht blos der Abschreckungstheorie nicht gemäß ist, sondern ihr sogar widerspricht, wie wir oben gezeigt haben.

Aus allem diesem folgt denn zur Gnüge, daß wir in der nothwendigen durch die Natur der Strafe bestimmten Beschränkung des Strafgesetzes durchaus keinen Grund für den Gebrauch der philosophischen Principien der Strafbarkeit bei bestimmten Strafgesetzen, und für das Milderungs- und Schärfungsrecht des Richters finden können. Die Gerechtigkeit der Zufügung der Strafe ist nicht durch die Uebereinstimmung derselben mit den Graden der moralischen oder rechtlichen Strafbarkeit in concreto bedingt, weil die Strafe sich nicht auf den speciellen Verbrecher bezieht, und nicht den

Zweck

Zweck hat, den ihr bisher unsere Rechtslehrer gaben. Durch diese Argumente sind daher auch diejenigen widerlegt, welche vermittelst jener Begriffe von der bürgerlichen Strafe, aus einer vermeintlichen ratio legis, argumentiren, und aus der durch den (vermeintlichen) nothwendigen Zweck der Strafe nothwendig bestimmten Absicht des Gesetzgebers bei Festsetzung der poena ordinaria eine restriktive Erklärung ableiten. Sie argumentiren folgendermaßen: der Zweck des Gesetzgebers und der Grund eines jeden Strafgesetzes ist kein anderer, als vor dem, welcher eine gewisse Handlung begeht, durch die gesetzliche Strafe den Staat zu sichern: wenn nun in einem gegebenen Falle die gesetzliche Strafe nicht ein nothwendiges Mittel zur Erreichung dieser Absicht ist; so kann auch nach dem Willen des Gesetzgebers selbst und nach der nothwendigen ratio legis nicht auf diesen Fall das Gesetz angewendet werden. Da nun diese Voraussetzung bei einem geringern Grade des Dolus und der Freiheit eintritt, so muß auch bei diesem die restrictive Erklärung statt finden. Auf dieses Argument stützt sich die Cardinalregel, welche Heisler *) von der Milderung aufstellt: quoties finis

*) Diss. cit. § 24.

finis poenae ex parte jam est obtentus, vel aliunde ex parte cessat, vel quoties adest aliquid, quod punibile extenuat; toties mitigatio poenae ex capite justitiae locum habet *). Ist die Voraussetzung von jener Absicht der Strafe wahr; so kann es auch, alles andere gleichgesetzt, mit dieser Folgerung keine Schwierigkeit haben, und diese Milderungsgründe sind nach den richtigen Gesetzen der Interpretation erwiesen. Allein wo ist der Beweis für diese Voraussetzung? — Die Strafe bezieht sich nicht direkte, wie wir gezeigt haben, auf einen bestimmten Verbrecher; ihr Zweck geht nicht auf die einzelnen wirklichen Uebertreter des Gesetzes; sie will nicht vor dem, der schon wirklich beleidigt hat, sichern, oder sein Verschulden

*) Auch *Hofmann* in seiner *Diss. de poena ordinaria nonnunquam mitiganda* (Lips. 1762) deutet §. 5. aber nur äusserst flüchtig auf diesen Grund hin. Etiam si nihil plerumque aut debeamus aut possimus facere contra legum auctoritatem, tamen alio modo succurrere delinquenti, cui credibile sit vim esse per legum rigorem inferendam, poterimus. Fortasse enim facilius atque sine violentia deterreri aliquis possit a simili flagítio patrando, peccandique libido aqud ipsum reprimi atque extingui; ut adeo graviori supplicio opus non sit. — Wie schwankend und wie seicht! Bestimmter erklärt sich hierüber *Puffendorf J. N. et. G. L. VIII. c. 3. §. 8. seqq.*

den moralisch vergelten; die Absicht des Gesetzgebers ist also nicht blos zu bestimmen, was für ein Uebel einem gewissen Beleidiger zugefügt werden soll, damit der Staat in Zukunft vor diesem gesichert werde, oder dieser für sein Verschulden die Vergeltung erhalte. Der Zweck der Strafe geht auf alle Bürger, als mögliche Verbrecher, und die Zufügung der Strafe an einem bestimmten Beleidiger ist nur eine Folge von jenem Zwecke. Die Zweckmäßigkeit der gesetzlich bestimmten Strafe darf daher nicht nach den besondern Umständen, unter welchen das in dem Gesetze enthaltene Verbrechen erscheint, beurtheilt werden. Man kann nicht sagen: sie ist zwecklos, und der einzigen möglichen Absicht des Gesetzgebers entgegen, wenn sie entweder ein größeres oder ein geringeres Uebel enthält, als gerade nothwendig ist, um einen bestimmten, jetzt nach dem Gesetz zu beurtheilenden Verbrecher abzuschrecken oder moralisch zu bestrafen. Denn dies ist nicht der Zweck der Strafgesetzes, nicht die Absicht des Gesetzgebers; sondern ihm blos durch Theorien von der strafenden Gewalt überhaupt untergeschoben, welche sich keineswegs vor der philosophirenden Vernunft rechtfertigen und mit dem Willen des Gesetzgebers vereinigen lassen.

Ich

Ich will nun, ehe ich zu der besondern Auseinandersetzung der einzelnen Inconsequenzen dieser Theorie übergehe, für meine Behauptung auch directe Beweise führen.

Der Zweck der gesammten strafenden Gewalt wird durch das Strafgesetz erreicht, das nicht die Absicht hat, das Uebel blos vorher zu verkündigen, welches nach Principien, die ausser dem Gesetze selbst liegen, zugefügt werden soll; sondern durch die Androhung eines bestimmten Uebels von möglichen Verbrechen abzuschrecken sucht, und darum auch das Princip seyn muß, von welchem die wirkliche Zufügung des Uebels determinirt wird.

Der Gesetzgeber will also, daß eine bestimmte gesetzwidrige Handlung nicht geschehe, und will, daß ein bestimmtes angedrohtes Uebel es verhindern solle, daß sie geschehe. Der Rechtsgrund, welcher die Möglichkeit der Androhung eines Uebels begründet, ist eine mögliche Rechtsverletzung, und wenn wir dies auf einen Staat beziehen, die Unmöglichkeit, daß eine Handlung mit der bürgerlichen Freiheit Aller bestehe. Es ist mithin nur die äussere That, die Handlung an und für sich

und

und objective betrachtet, welche den Grund aller Strafdrohungen enthält, und welche durch sie verhütet werden soll. Die Erscheinung dieser äussern That soll aber durch das in dem Gesetze angedrohte Strafübel verhütet werden; es wird dieses und kein anderes Strafübel angedroht, weil der Gesetzgeber die Vorstellung dieses Uebels als ein Mittel zu seinem Zwecke betrachtet, weil er durch dieses Gesetz, durch diese bestimmte Drohung, über den rechtswidrigen Willen zu herrschen, die Triebfedern zu dem in dem Gesetze benannten Verbrechen zu überwinden glaubt. Da nun aber dieses bestimmte Strafübel die Abschreckung bewirken soll; so liegt auch hierin, nach dem bloßen Satze des Widerspruchs, schon die Erklärung, daß, wenn jene bestimmte Handlung unter den Bedingungen der Strafbarkeit überhaupt existirt, das bestimmte Strafübel exequirt werden solle. Denn sonst würde der Zweck der Abschreckung von jener Handlung durch dieses Strafübel nicht erreicht werden können, welches doch der Gesetzgeber will, und die einzige Ursache ist, warum er das Strafgesetz gegeben hat. Die bloßen Worte schrecken doch wohl niemand ab; erst dann können sie wirken, wenn man die Drohung als eine reelle

Dro-

Drohung, die in derselben enthaltenen Uebel, als wirklich eintretende gewisse Uebel betrachtet, wenn man weiß, daß sie unausbleibliche Folgen der That sind, und daß man nach begangener That wirklich empfinden wird, was die Drohung des Gesetzes fürchten läßt. Nimmt man an, daß die Handlung, welche in dem Gesetze durch Strafe bedingt ist, nur darum dieser Bedingung unterworfen sey, weil sie dem Gesetzgeber Grund der Erkenntniß eines gesetzwidrigen Willens ist, und darum die Wahrscheinlichkeit künftiger Verletzungen begründet; nimmt man also an, daß das eigentliche Object der Straffanction (das durch sie bedingte) und der unmittelbare Grund des Daseyns und der Nothwendigkeit derselben (welcher durch den Zweck der Strafe bestimmt wird); nicht die in dem Gesetze benannte Handlung selbst, sondern die durch sie begründeten wahrscheinlichen Handlungen sind; dann ist freilich die natürliche Folge, daß jene gesetzliche Strafe nur bedingt, d. i. unter der Voraussetzung angedroht ist, daß derselbe Grad der Wahrscheinlichkeit künftiger Rechtsverletzungen in concreto vorhanden sey, welcher nach Gründen der Strafbarkeit in abstracto mit demselben verbunden ist. Allein die in dem Gesetze benannte Handlung ist dem Gesetzgeber nicht blos

Er-

Erkenntnißgrund und Gelegenheitsursache zu der Bestimmung der gesetzlichen Strafe; sondern sie ist das eigentliche und einzige Object derselben. Gerade diese Handlung selbst (nicht aber die künftigen Rechtsverletzungen, deren Wahrscheinlichkeit sie begründet) ist es, welcher der Gesetzgeber zuvorkommen, von welcher er alle durch die festgesetzte Drohung zurückschrecken, an welcher allein er also den Zweck der Strafgesetzgebung realisiren will. Denn der Zweck des Staats bestimmt die rechtliche Nothwendigkeit, daß überhaupt keine Rechtsverletzungen im Staate geschehen (nicht blos daß keine Beleidigungen wiederholt werden); da nun aber die Realisirung jener Nothwendigkeit nur durch gesetzliche Androhung von Uebeln möglich ist, so folgt auch, daß jenes der Zweck aller Strafgesetze, mithin das eigentliche Object derselben die Beleidigung selbst, und nicht blos ihre Wiederholung seyn müsse. Daß nun aber das Mittel zu jenem Zwecke kein anderes, als die gesetzliche Strafe selbst seyn könne, daß der Gesetzgeber bei Festsetzung einer bestimmten Strafe keine andere Absicht habe, als gerade durch die Androhung des von ihm festgesetzten Uebels jene Beleidigung zu verhindern, kann wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, weil sich das

Gegen-

Gegentheil davon nicht einmal denken läßt. Denn da, vermöge der Natur der Strafe, der Zweck der strafenden Gewalt nur dahin geht, durch das Gesetz *) von der Begehung einer gewissen Handlung abzuschrecken; so folgt auch nothwendig, daß die Strafe, welche in einem wirklichen Gesetze angedroht worden, dasjenige Uebel sey, durch welches die strafende Gewalt die Abschreckung bewirken will. Ein wirklich gegebenes Strafgesetz muß die Prädicate eines Strafgesetzes überhaupt an sich haben, und muß also, weil dies die Natur eines jeden Strafgesetzes ist, die Abschreckung von der in demselben benannten Handlung zum Zwecke haben. Es wäre aber Unsinn zu sagen: dieses Gesetz hat Abschreckung zum Zwecke, und doch hat sein Inhalt (die in demselben bestimmte Strafe) diesen Zweck nicht; denn es ist nur dieses Gesetz durch seinen Inhalt. Man hebe diesen in Gedanken auf, so hat man das Gesetz selbst aufgehoben. Mithin läßt es sich durchaus nicht denken, der Gesetzgeber habe durch

*) Und auch die Zufügung der Strafe, wie unsre Deduction im 1. Kap. beweist, geschieht nur darum, damit das Gesetz die Abschreckung bewirken könne.

durch ein anderes Uebel die Abschreckung (welche blos durch das Strafgesetz geschieht) bewirken wollen, als durch dasjenige, welches er wirklich gedroht hat. Wenn nun aber die Realität der Drohung des Gesetzes durch die wirkliche Execution derselben bedingt ist; so folgt auch von selbst, daß, da jene bestimmte Drohung die Nichtexistenz jener bestimmten Handlung bewirken soll, auch die bestimmte Drohung, im Falle der Existenz jener Handlung, schlechthin realisirt, mithin auf die gesetzliche Strafe und auf keine andere erkannt werden müsse. Oder kann man uns etwa beweisen, daß die Bürger eine Strafe A als hinreichenden Grund zur Unterlassung der That B betrachten können (welches sie doch, weil der Gesetzgeber jenes Uebel A angedroht hat, nach dem Willen desselben sollen) wenn sie blos in dem Gesetze und nicht zugleich in der Execution des Gesetzes die Strafe A als nothwendige Folge der That B erkennen? Wenn nun aber dies nicht bewiesen werden kann, so widersprechen wir mit unserer Beschränkung der gesetzlichen Strafe dem deutlichen Willen des Gesetzgebers. Denn da er die Nichtexistenz des in dem Gesetze benannten Verbrechens durch die Androhung des Gesetzes, welches ein bestimmtes Uebel enthält,

erreichen, da er die Abschreckung von der That mittelst der Vorstellung dieses Gesetzes, also nur durch diese bestimmte Drohung des Uebels A bewirken will, (welches daraus erhellt — weil er kein anderes Strafgesetz gegeben hat); die Möglichkeit aber der Erreichung dieses Zwecks durch jene bestimmte Drohung von der unbeschränkten Execution derselben, als einer absolut nothwendigen Bedingung abhängt; so ist in der Willenserklärung des Gesetzgebers, durch welche er die gesetzliche Strafe festsetzt, zugleich, nach dem bloßen Satze des Widerspruchs, die Erklärung enthalten, daß jene unbedingt eine rechtliche Folge der That sey *). — Ich will die Gründe aus der Natur des Strafgesetzes hier nicht wiederholen **).

Durch

*) *Thomas*, einer der ältesten Gegner dieser Milderungsgründe sagt daher mit Recht *Quaest. 2. art. 67.* (nach dem Citat von *Tiraquell de poenis temp.* praef. nr. 3) „duplici ratione judex impeditur, reum a poena jure statuta liberare; primo ex parte accusatoris, cujus plerumque interest, ut reus puniatur, secundo ex parte reip. cujus etiam interest, maleficia poena jure definita coerceri.“

**) Um die Autorität der Gesetzgebung zu retten und doch auch die Gültigkeit der Gründe der Strafbarkeit nicht ganz aufzuheben, behauptet *Servin de la legis-*

Durch das bisher gesagte habe ich gezeigt, daß die gesetzliche Strafe unbedingt auf die in dem Gesetz benannte Handlung gesetzt sey, und habe daher diejenigen widerlegt, welche zwar die gesetzliche Strafe auf die ganze Gattung oder Art des in dem Gesetz benannten Verbrechens beziehen, aber sich vorstellen, daß jene Drohung keine absolute Drohung; sondern auf die ausser dem Gesetze liegende Bedingung der Uebereinstimmung der gesetzlichen Strafe mit dem Grade der Gefährlichkeit in concreto beschränkt sey. Man kann aber noch einen andern Gesichtspunkt fassen; man kann nemlich aus den bekannten Gründen der Gegner annehmen, daß zwar die Strafe unbedingt festgesetzt, aber von dem Gesetzgeber stillschweigend blos

legislation criminelle. p. 44. das Strafgesetz müsse die Gattung der Strafe, welche ein gewisses Verbrechen treffen soll, unabänderlich bestimmen, aber lorsqu'il s'agit de connoître *à quel dégré de rigeur on doit porter chaque peine dans son espèce*, pour punir tel crime en particulier, on sent, que cela doit être laissé à la sagesse du Magistrat. Eine höchstscharfsinnige und treffende politische Bemerkung, welche zugleich beweist, daß Servin sowohl in rechtlicher als politischer Hinsicht den Satz anerkennt: jede Strafe, die der Gesetzgeber in abstracto festsetzt, hat auch in concreto unabänderliche Gültigkeit.

blos auf eine Species der im Gesetze ausgedrückten Gattung oder Art von Verbrechen beschränkt sey; auf diejenige Species derselben nemlich, bei welcher die volle Freiheit der Grund des Daseyns ist. Die gesetzliche Strafe, könnte man sagen, ist categorisch mit der gesetzlichen Voraussetzung verknüpft; aber diese Voraussetzung besteht nicht blos in den äusserlichen Merkmalen der Handlung, welche das Gesetz ausdrücklich nennt, sondern zu dieser Handlung gehört auch noch die volle Freiheit als Bedingung; so daß von den einzelnen Verbrechen, welche unter der Art oder Gattung, die das Gesetz ausdrücklich nennt, enthalten sind, nur diejenige besondere Modification, welche mit voller Freiheit begangen wurde, mit der gesetzlichen Strafe bedroht ist. Hierauf will ich jezt antworten.

Der Gesetzgeber beurtheilt allerdings den Grad der Gefahr von den verschiedenen gesetzwidrigen Handlungen, die er in seinem Codex den Strafen unterwerfen will, weil er sonst dem Zwecke der Strafe nicht gemäß handeln und bald eine härtere bald eine gelindere Strafe festsetzen würde, als nöthig ist, um den rechtlichen Zustand zu erhalten. Sowohl eine zu gelinde, als eine zu harte Strafe,

ist die Quelle von Verbrechen *). Er muß daher vorerst die verschiedenen möglichen Beleidigungen, blos in so ferne sie äusserlich erscheinen und nach ihren Wirkungen und Folgen streng von einander unterscheiden, die stufenweise (objective) Gefährlichkeit erwägen und nach den verschiedenen Graden der Gefahr, welche diese verschiedenen Gattungen oder Arten von Handlungen zeigen, die Quantität der Strafen für jedes Verbrechen bestimmen **).

Er

*) „Die Strafe muß nicht größer seyn, als nothwendig ist. Der Gesetzgeber hebt sonst mit Riesenkräften einen Strohhalm aus dem Wege. Wenn die kleinern Verbrecher mit großen Strafen belegt sind, so verschwendet die Gesetzgebung nicht allein ihre Kraft unnütz, sie erschöpft dieselbe auch, und benimmt sich selbst das Vermögen nach der Größe der Uebelthäter einen Stufengang in den abhaltenden Bewegungsgründen zu beobachten. Die Folge ist dann, daß geringe Verbrechen unterbleiben, und nur große begangen werden, da auf jeden Fall bei den Großen keine größere Strafe befürchtet, aber von der Uebertretung ein größerer Vortheil erwartet wird." Herrliche Worte des von Sonnenfels Grundsätze der Policei, Handlung und Finanzen 1. Thl. §. 361. Man sehe auch *Marat Plan de legislation criminelle* (Par. 1790) p. 29. der wider seine Gewohnheit sehr gut hierüber spricht.

**) So ist *Montesquieu esprit des loix.* L. XII. ch. 4. zu verstehen, wenn er sagt: „C'est le triomphe

Er wird daher die Staatsverbrechen mit härtern Strafen bedrohen, als die Privatverbrechen, wird den Mord härter bestrafen, als eine Verletzung des Eigenthums, und diese wieder härter, als die Injurien oder die Policeivergehungen, die an sich gar keine Beleidigungen sind, und dies nur dadurch werden, daß ein Gesetz, um der vollkommenen Erreichung des Staatszwecks willen, eine an sich erlaubte Handlung verbietet. Der Gesetzgeber muß aber auch noch in andern Rücksichten die äussern Handlungen unterscheiden und beurtheilen. Ausser der Beschaffenheit des verletzten Rechts selbst giebt es noch andere Gründe zur Beurtheilung der Gefährlichkeit der Handlungen. Der Versuch zu einer Rechtsverletzung ist zwar noch keine wirkliche Beleidigung; allein sie ist doch höchst gefährlich, weil sie den Weg zur Verletzung selbst bahnt. Auch von den Versuchen muß daher das Gesetz abschrecken, auch sie müssen mit Strafen bedroht werden; obgleich das angedrohte Uebel geringer seyn

triomphe de la liberté, lorsque les loix criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout arbitraire cesse; la peine ne descend point du caprice du legislateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme, qui fait violence à l'homme."

seyn muß, weil die Gefährlichkeit derselben geringer ist. So bietet auch die Wirksamkeit zu einem Verbrechen als Gehülfe, nach Verschiedenheit dieser Wirksamkeit, besondere Gründe der Gefährlichkeit dar, welche mit eignen Strafen bedroht werden müssen. Aber nicht blos die objectiven, sondern auch die subjectiven Gründe der Strafbarkeit müssen bei der Gesetzgebung in Erwägung gezogen werden, und wurden es in der unsrigen wirklich. Es giebt Rechtsverletzungen, die aus Vorsatz begangen werden, wo die Rechtsverletzung Absicht des Menschen war (wir nennen sie delicta dolosa); es giebt andere, wovon der Mensch nur in so ferne Ursache war, als er sich gesetzwidrig zu etwas anderm bestimmte oder nicht bestimmte, woraus das Verbrechen, nach bloßen Naturursachen erfolgte (wir nennen sie delicta culposa). Da dem Staate daran gelegen ist, und vermöge seines Zwecks gelegen seyn muß, daß überhaupt eine Rechtsverletzung nicht geschehe, so muß er durch die Strafe nicht blos der vorsätzlichen, sondern auch der blos verschuldeten Rechtsverletzung entgegen wirken. Der Staat verliert einen Bürger durch den Todschlag, es mag nun dieser aus bloßer Fahrläßigkeit oder aus Absicht geschehen. Weil aber die Fahrläßigkeit eines schwächern Gegen-

ge-

gewichtes bedarf, als der Vorsatz, und mithin eine durch sie bestimmte Handlung, in Rücksicht des zu bestimmenden Princips, weniger gefährlich ist, so muß auch der Gesetzgeber beide Arten von Handlungen unterscheiden, und sie mit verschiedenen Strafen belegen *). Ich habe hier nur Beispiele gege-

*) Ich vermag es daher durchaus nicht zu begreifen, wie Hr. Kleinschrod Archiv des Criminalrechts 1. Bd. Stck. 3. S. 4. gegen Abicht behaupten kann, daß der Gesetzgeber die Größe der gesetzlichen Strafe nicht nach den subjectiven Gründen der Strafbarkeit bestimme, sondern daß die Strafe des Gesetzes lediglich von dem Schaden abhänge, welchen die Gesellschaft von dieser Art von Handlungen zu befürchten hat. Daß die sittliche Schuld nicht die Größe der gesetzlichen Strafe determiniren könne, ist allerdings gewiß und in so ferne hat Kleinschrod recht; allein er versteht unter der sittlichen Schuld die subjectiven Gründe der Strafbarkeit überhaupt und in so ferne hat er, so scheint mir, völlig unrecht. Läßt sich etwa ein Grund der physischen oder ein Grund der rechtlichen Unmöglichkeit für jene Bestimmung auffinden? Folgt nicht gerade das Gegentheil aus der Natur der Strafe? — Dem positiven Rechte widerspricht jene Behauptung offenbar. Denn dieses giebt uns unzählige Beispiele, wo Verbrechen, wegen Verschiedenheit der subjectiven Gründe der Strafbarkeit mit verschiedenen Strafen bedroht werden. Und dies zeigt denn doch wohl ohne Beweis, daß diese subjectiven Gründe der Straf-

gegeben, um die Sache zu erläutern. Daß der Gesetzgeber sowohl in Hinsicht auf die objectiven als subjectiven Gründe der Strafbarkeit noch mehr in das Detail eingehen könne, versteht sich von selbst *). Er kann auf die verschiedenen Arten der Triebfedern bei dolosen und culposen Verbrechen Rücksicht nehmen, kann einen Mord aus Ueberlegung von einem Todschlage aus Leidenschaft, einen heimlichen von einem öffentlichen Morde, eine Tödung durch Gift von einer Tödung durch andere Waffen unterscheiden, und nach der verschiedenen Gefährlichkeit dieser Verbrechen ihre verschiedene Strafe festsetzen. Beccaria **) behauptet zwar, daß

Strafbarkeit (die sittliche Schuld, nach Kleinschrod) als Maasstab für die Größe der gesetzlichen Strafe gebraucht wurden.

*) Ob dieses Detail zweckmäßig sey? ist eine andere Frage.

**) Von Verbrechen und Strafen. §. 7. Dagegen *Renazzi* elem. jur. crim. Lib. I. p. 184. sq. — Auch hat Müller in seiner Abhandlung über den Maasstab der Verbrechen und Strafen (Jena 1789) diese Meinung zu widerlegen gesucht. Aber sein Argument S. 42. daß „je stärker die moralische Schwerkraft wär, durch welche der Wille eines Menschen eine Richtung zum Bösen bekäme, desto geringer die Moralität und

daß nur der Schade für die bürgerliche Gesellschaft, nicht aber die subjectiven Gründe der That den Maasstab der Strafen abgeben könne, weil diese Gründe s unendlich mannigfaltig seyen, daß wenn hiernach die Strafe festgesetzt werden sollte, für jeden einzelnen Bürger ein besonderes Gesetzbuch nöthig wäre. Dieser Grund, der eben so gut von dem Schaden für die Gesellschaft (der objectiven Illegalität) gilt, beweist nur so viel, daß es unmöglich sey, nach den speciellen Graden der Gefährlichkeit, nach allen möglichen Modificationen, die eine Handlung, wegen der ihr zum Grunde liegenden Triebfedern, annehmen kann, also nach Gründen der Strafbarkeit in concreto eine Verschiedenheit der Strafen festzusetzen. Wenn es aber wahr ist, daß der Grad der Gefahr die Quantität der Strafen bestimmt, und es verschiedene Arten von subjectiven Ursachen der Handlungen giebt, welche in so ferne eine Verschiedenheit der Handlungen selbst begründen; so folgt auch, daß sich nach

und folgbar die Strafe sey" wird wohl Niemanden befriedigen. Beccaria, wenn ihm Herr Müller diesen Schluß vorgesagt hätte, würde ganz richtig geantwortet haben, daß er es mit der Moralität, eben so wenig in der Criminalpolitik, als in dem Criminalrechte, zu thun habe.

nach diesen verschiedenen Arten] der subjectiven Gefährlichkeit der Gesetzgeber richten müsse, und eine Beurtheilung der Größe der Strafbarkeit, nach dem innern Grunde derselben, gar wohl möglich sey. — Von allem diesem ist aber blos dieses das Resultat: nach den verschiedenen Graden der Gefahr, also nach Principien der objectiven und subjectiven Strafbarkeit, werden die Handlungen von dem Gesetzgeber a) unterschieden, und b) mit den ihnen entsprechenden Strafen bedroht. Die Grade der Strafbarkeit bestimmen also das Daseyn des Gesetzes, und enthalten den Grund, warum diese Handlung gerade mit diesem Strafübel von dem Gesetzgeber belegt worden ist. Die Beurtheilung derselben geht dem Gesetze vorher, macht es unter dieser Gestalt und diesem Gehalte nach möglich und nothwendig. Es ist aber schlechterdings nicht anzunehmen, daß das durch jene Principien begründete Gesetz, auch seiner Anwendung nach, von jenen Principien abhängig und nur eine besondere Unterart der mit dem bestimmten Strafübel bedrohten Handlung, stillschweigend das eigentliche Object des Strafgesetzes sey; so daß z. B. unter dem Gesetze gegen den vorsätzlichen Mord, in so ferne es das Rad bestimmt, nur der Mord aus bösem Vorsatze, nicht aber der vorsätzliche Mord

aus

aus Liebe oder vermeintlicher Pflicht; unter dem Gesetze, welches auf den Raub die Schwerdstrafe setzt, nicht dieses Verbrechen, in so ferne es wegen großer Armuth geschieht, enthalten wäre. Die Handlung überhaupt, nach ihren allgemeinen in dem Gesetze angegebenen Merkmalen, und den durch dieselben bestimmten Grad der Gefährlichkeit, welche der Gesetzgeber schon im allgemeinen beurtheilt hat, ist mit allen ihren speciellen Modificationen unter dieser Straffanktion in dem ganzen Umfange derselben enthalten. Denn 1) dem Staate ist daran gelegen, daß die in dem Strafgesetze enthaltene Handlung überhaupt nicht geschehe, weil sie dem Zwecke des Staats schlechthin widerspricht. Das Eigenthum aller Bürger muß vor den Beeinträchtigungen aller in Sicherheit seyn, wenn die rechtliche Freiheit, um derentwillen der Staat vorhanden ist, bestehen soll. Die Entwendung fremder Güter widerspricht daher durchaus dem Staatszwecke, verletzt und zerstört ihn: es soll und darf also schlechterdings kein Diebstahl geschehen, er mag nun beschaffen seyn, wie er immer wolle. So auch das Leben, so die Ehre der Bürger, so die Existenz des Staats selbst, welche durch die einzelnen Staatsverbrechen gefährdet wird. Damit nun diese Handlungen über-

überhaupt nicht geschehen, giebt es eine strafende Gewalt, giebt es einen Strafgesetzgeber, der durch Drohungen den Staatszweck vor den Attentaten der Bürger zu sichern sucht. Wäre nun die Strafdrohung, welche ausdrücklich, und den Worten nach, auf alle einzelne Modificationen der That gerichtet ist, stillschweigend blos auf eine gewisse Beschaffenheit derselben gerichtet, so wären mehrere Arten derselben dem Strafgesetze nicht unterworfen; gegen sie wäre dies Strafgesetz nicht gerichtet. Da nun aber die That überhaupt nicht geschehen soll, weil sie in ihrem ganzem Umfange dem rechtlichen Zustande widerspricht; durch die Strafdrohung aber (und die dieselbige bedingende Execution) dieser rechtliche Zustand vollständig erhalten werden soll; so würde die Strafgesetzgebung ein lückenhaftes Machwerk seyn, wenn sie nur einen Theil von der dem rechtlichen Zustande schlechthin widersprechenden Handlung mit der Strafe bedrohte, so würde der Gesetzgeber durch jene Einschränkung sich selbst widersprechen, indem er, damit sie überhaupt nicht existire, das Strafgesetz gäbe (denn dieses resultirt nothwendig aus der Natur der strafenden Gewalt) und doch nicht die ganze Handlung, sondern nur gewisse Arten, oder gar eine Species von derselben der Strafe unter-

unterwürfe. Man wende mir nicht ein: daß sie allerdings einer Strafe unterworfen werde, daß sie nur der bestimmten gesetzlichen Strafe entgegen sey. Eben dies ist es aber, woran ich jetzt den Ungrund gezeigt habe. In einem bestimmten Strafgesetze wird eine Handlung in so ferne diesem Gesetze unterworfen, in so ferne mit einer Strafe bedroht, als es mit der bestimmten Strafe bedroht ist. Denn eben darin besteht ja die Eigenschaft dieses Gesetzes in so ferne es Strafgesetz ist, daß es diese Strafe droht. Und eben dieses Strafgesetz, welches in der Verknüpfung dieser rechtlichen Folge B mit dieser rechtlichen Voraussetzung A besteht, ist es, welches, der Natur der strafenden Gewalt gemäß, auf die Verhüthung der Handlung überhaupt abzwecken muß. Die ausgenommene Handlung wäre mit keiner Strafe bedroht, nicht mit einer willkührlichen, denn das Gesetz ist bestimmt; nicht mit der bestimmten, denn davon ist es ausgenommen. Das ausgenommene Verbrechen könnte zwar in concreto bestraft werden, weil doch andere gesetzliche Bedingungen vorhanden wären; allein in dem Gesetze wäre doch keine Androhung enthalten, weil jenes weder eine bestimmte Strafe dagegen verkündigte, noch auch ausdrücklich die Strafe der Willkühr überließe.

ließe *). 2) Der Gesetzgeber beurtheilt die Strafbarkeit gewisser Handlungen in abstracto, und nach dieser Beurtheilung bestimmt er gegen dieselben diese oder jene Strafe. Es sind also die Gattungsmerkmale oder die Merkmale der Art des Verbrechens, welche der Gegenstand seiner Beurtheilung sind; es ist also die aus den Merkmalen der Gattung oder der Art sich ergebende Größe der Gefährlichkeit, nach welcher er das Strafgesetz giebt und es mit dieser Strafe bedroht. Nur die Beurtheilung des Richters geht auf das einzelne, die Beurtheilung des Gesetzgebers kann nur auf das allgemeine gehen. Nach einzelnen Bestimmungen, nach den in concreto möglichen Modificationen der Gefährlichkeit der That, Strafen zu bestimmen, geht über alle Kräfte, und ist unter aller Würde der Gesetzgebers. Von jenem allgemeinen Standpnnkte aus, prüft und wägt der Gesetzgeber die Verbrechen, und nach jenem allgemeinen Standpunkte müssen wir daher auch jedes Gesetz beurtheilen. Nehmen wir nun an, daß selbst da, wo ausdrücklich nur eine Gattung oder

*) Dies wird völlig einleuchtend, wenn man sich denkt, daß diese stillschweigende Bedingung ausdrücklich in jedes bestimmte Strafgesetz aufgenommen sey.

oder Art von Handlungen genannt ist, gleichwohl das Gesetz blos auf eine gewisse Modification derselben gerichtet sey, durch welche die bestimmte Strafe auch dem Grade der Gefahr in concreto angemessen wird; so nehmen wir zugleich an, daß der Gesetzgeber die Strafe nicht nach einer allgemeinen, sondern nach einer speciellen Beurtheilung der That festsetze, welches, wie wir gezeigt haben, dem Standpunkte jeder Gesetzgebung zuwider ist. 3) Man zeige uns doch einen gültigen Grund, aus welchem man genöthigt ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber stillschweigend nur die mit voller Freiheit begangene That mit der gesetzlichen Strafe bedrohen könne; mithin einen Grund, der nicht in der Präventionstheorie, oder in der Verwechslung der bürgerlichen mit der moralischen Strafe seinen Ursprung hat. 4) Ich will annehmen, daß der Gesetzgeber bei der Festsetzung einer gewissen Strafe, auf eine bestimmte Beschaffenheit der That, unter welcher sie in concreto erscheinen kann, oder auch häufig erscheint, Rücksicht nehme. Ich will dies nicht blos annehmen, sondern mit beiden Händen und mit Ueberzeugung zugeben. Der Gesetzgeber muß, wenn seine Beurtheilung in abstracto zweckmäßig seyn soll, sich das zu bestrafende Verbrechen in seiner größten Gefährlich-

lichkeit denken, muß es sich also unter denjenigen objectiven und subjectiven Bestimmungen vorstellen, unter welchen es am gefährlichsten, unter welchen es am gefährlichsten, unter welchen die Triebfeder am heftigsten, die That selbst am widersprechendsten mit dem öffentlichen Interesse der Gesellschaft ist. Denn da diese That an und für sich dem Staatszwecke widerspricht, da sie durch die Strafe unmöglich gemacht werden soll, da diese nur dann diesen Zweck erreichen kann, wenn sie die sinnliche Triebfeder überwiegt; so wäre es ja eine offenbare Zwecklosigkeit und Inconsequenz, wenn die Strafe nur einem mittlern oder noch niedrigern Grade angemessen gemacht würde. Denn nun würde die Strafe keine Abschreckung bewirken, wenn die Gefahr den mittlern oder höchsten Grad erreicht hätte — und doch sollte durch das Gesetz bewirkt werden, daß die That überhaupt nicht existire! Bewirkt nun die volle Freiheit, als Ursache der That, den höchsten Grad der Gefährlichkeit (welches wir hier annehmen, aber durchaus nicht zugestehen wollen); so müßte sich auch der Gesetzgeber das Verbrechen mit der vollen Freiheit denken, und daher die Strafe diesem Grade der Gefahr angemessen einrichten. — Hieraus schließen denn unsre Gegner sogleich: — also ist die Strafe nur auf

diesen Fall gerichtet, und sie kann also auch, wie natürlich, nicht angewendet werden, wenn diese gesetzliche Voraussetzung in concreto nicht vorhanden ist. Dieser Schluß (welcher die Rechtslehrer hauptsächlich zu dieser ganzen Theorie verführt hat) ist in der That einer der größten Paralogismen, deren sich die Vertheidiger dieser Theorie zu Schulden kommen lassen. Warum richtet denn der Gesetzgeber auf den höchsten Grad der Verbrechen sein Augenmerk? — Nur darum (wie sich aus der Natur der Strafe ergiebt) um einen Maasstab für die Größe der Strafe zu haben, durch welche er die ganze Handlung verhindern will; um ein Uebel ausfindig machen zu können, welches im Stande ist, die Existenz aller solchen Handlungen zu verhindern, und nicht blos einen schwächern Antrieb zu denselben, sondern auch den stärksten, zu überwinden. Wenn nun also nach diesem Maasstabe, dessen Gebrauch wir bei einem Gesetzgeber voraussetzen können und müssen, eine gewisse Strafe festgesetzt worden, wie in aller Welt folgt denn hieraus, daß nur auf diesen höchsten Fall das Gesetz und die darin bestimmte Strafe gegeben worden sey? Das Verbrechen wird in seiner höchsten Gefährlichkeit gedacht, um hiernach die Strafe für die Handlung über-

überhaupt zu finden, nicht aber, um darnach den Umfang des Gesetzes zu bestimmen; es ist nur der Maasstab der Strafe, nicht aber das einzige Object desselben; es wird durch dasselbe die Strafe festgesetzt, aber es wird darum für dasselbe allein die Strafe nicht gegeben; es ist daher auch blos eine Norm für den Gesetzgeber selbst, nicht aber für den Richter, so daß dieser die Anwendung der Strafe nur auf dieses beschränken, und die übrigen davon ausschliessen dürfte.

Es ist daher, am gelindesten gesprochen, gar nichts damit gesagt, wenn unter den Gründen für das Milderungsrecht immer auch der als ein Hauptargument vorkommt, daß ein Gesetz nicht auf alle Fälle sich erstrecken und für jede einzelne Modification des Verbrechens eine angemessene Strafe bestimmen könne und mithin dies dem Richter überlassen bleiben müsse. Die Voraussetzung ist allerdings wahr. Aber das Gesetz soll und braucht auch nicht jedem einzelnen Falle seine besondere Strafe zu bestimmen, dadurch würde es aufhören Gesetz zu seyn, dadurch würde der Gesetzgeber aus dem Standpunkte des Gesetzgebers heraustreten. Hieraus folgt aber im geringsten nicht, daß nun der Richter aus den besondern

Umständen einer jeden That die Größe der Strafbarkeit beurtheilen müsse, weil dies der Gesetzgeber nicht vermag. Denn sobald einmal ein Gesetz für eine gewisse Handlung in abstracto eine Strafe festsetzt, so ist sie auch, eben weil der Gesetzgeber die Strafe für die Handlung überhaupt und nicht für einen einzelnen Fall derselben bestimmt, gegen jede einzelne Modification derselben gerichtet. Denn was von einer Gattung gilt, das muß auch von der Art gelten, und was von der Art gültig ist, das muß auch für jede Species Gültigkeit haben. Ein in concreto vorkommendes Verbrechen kann zwar einen andern Grad der Gefahr haben, als welcher mit dem Verbrechen im Allgemeinen (nach seinem Begriffe beurtheilt) verbunden ist, und nach welchen der Gesetzgeber die gesetzliche Strafe festgesetzt hat. Darum aber steht es nicht weniger unter dem Gesetze, als wenn der Grad der Gefährlichkeit in concreto mit dem Grade der Gefährlichkeit in abstracto völlig übereinstimmte: vorausgesetzt, daß es alle die Prädicate an sich hat, welche in dem allgemeinen Begriffe, mit welchem das Gesetz die Strafe verknüpfte, enthalten sind. Man kann also hier nicht die Lehre von der Analogie der Gesetze anwenden und etwa so argumentiren, daß weil der Richter das Recht

habe

habe, in einem Falle, der nicht ausdrücklich von dem Gesetze entschieden worden ist, nach der Aehnlichkeit zu urtheilen, er auch dann nur nach dieser Analogie urtheilen und ein der gesetzlichen Strafe ähnliches Uebel verhängen dürfe, wenn ein geringerer Grad der Freiheit vorhanden sey *). Denn es ist die Strafsanktion nicht blos auf einen speciellen Fall des in dem Gesetze benannten Verbrechens (stillschweigend) eingeschränkt, sondern es ist, wie es die Natur eines Strafgesetzes und der gesetzgeberischen Beurtheilung der Strafbarkeit mit sich bringt, auf die Handlung überhaupt, auf die bestimmte Gattung oder Art dieses Verbrechens, unter welcher mithin auch jede Species enthalten ist, festgesetzt. Mithin liegt das Verbrechen, das, dem Grade der Gefährlichkeit nach, sich von der Gat-

*) So schließt unter andern der Vf. Ueber die Natur und Grenzen ꝛc. in Hag und Günthers Archiv Bd. 1. Nr. 2. S. 78. ff. Auch Dalberg in s. Entwurf eines Gesetzbuchs in Criminalsachen (Frkft. 1792) sagt 116: „Die Strafgesetze können nur allgemeine Gründe und Vorschriften enthalten, welche aber auf alle mögliche Fälle nicht passen können, weil deren Mannigfaltigkeit unendlich ist. Hierin muß also der kluge und rechtschaffene Richter ab- und zuzugeben wissen. —

Gattung des Verbrechens unterscheidet, nicht ausser den Grenzen des Strafgesetzes, ist von ihm nicht unentschieden gelassen, sondern ist ganz unter ihm enthalten, wodurch denn der Befugniß, nach bloßer Analogie zu urtheilen, aller Zugang verschlossen ist, — und dem Richter weiter nichts übrig gelassen wird, als nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes über die Größe der Strafe zu entscheiden. Hierin allein besteht die Würde und der Umfang des richterlichen Amtes: wenn er sie überschreitet, wird er Beleidiger des Staats und der gesetzgebenden Gewalt. Alia est conditio Magistratuum, sagt *Symmachus* *) quorum corruptae esse videntur sententiae, si sint legibus mitiores: alia dominorum principum potestas, quos decet acrimoniam severi juris inflectere.

Einem Unbefangenen muß es in der That sonderbar vorkommen, daß man dies alles noch beweisen und ausführen muß, da es von selbst so klar ist und gleichsam einem jeden vor den Füßen liegt, daß er nur blindlings die Hand ausstrecken darf, um es zu haben. Indem ich dieses ausführe,

*) *Epistol. L. X. ep. 63.*

führe, komme ich mir selbst wie ein Mensch vor, der, um einen Strohhalm aufzuheben, ein Gerüste baut, und ich würde nicht den Muth haben, fort zu fahren, wenn mich nicht die Ueberzeugung wieder belebte, daß es achtungswürdige Männer giebt, welche jene einleuchtenden Vorurtheile mit ihrem Scharfsinne verdeckt und zu Philosophemen erhoben haben. Ich werde mich daher nicht mit den bisher angeführten Argumenten begnügen, sondern auch noch die übrigen Widersprüche und Unbegreiflichkeiten jener Theorie aufzudecken suchen.

1) Die Freunde dieser Theorie suchen die Anwendung des bestimmten Strafgesetzes von der Anwendung des unbestimmten dadurch zu unterscheiden, daß sie hier die Strafe lediglich durch die Principien von der Strafbarkeit überhaupt bestimmen lassen, und mithin die Norm für die Bestrafung blos in Grundsätzen ausser dem Gesetze suchen, dort aber die gesetzliche Strafe nur auf die Bedingung einschränken, daß sie eine mit voller Freiheit begangene Handlung treffe. Dem Richter wird sonach weit weniger Freiheit zugestanden bei dem bestimmten, als bei dem uubestimmten Strafgesetze, und hieraus scheint denn zu erhellen, daß diese Theorie mit dem Wesen und der Auctorität

rität eines bestimmten Gesetzes gar wohl bestehen könne. Die poena legalis muß angewendet werden, sobald zu den ausdrücklichen Bedingungen, auch noch die stillschweigende Bedingung, die volle Freiheit, eingetreten ist; bei den poenis arbitrariis dürfen die philosophischen Principien von der Strafbarkeit in vollem Umfange zur Anwendung kommen: dort darf also die Strafe nicht verändert werden, wenn sie etwa den objectiven Principien der Strafbarkeit nicht gemäß seyn sollte, hier darf sowohl nach den objectiven, als nach den subjectiven Gründen der Strafbarkeit die Art und Größe des Strafübels abgemessen werden. Der Unterschied wird sich durch ein Beispiel aufklären. Der *art.* 116. *C. C. C.* setzt categorisch auf die Sodomia ratione sexus und ratione generis die Feuerstrafe. Daß diese Strafe in Rücksicht auf die objective Beurtheilung durchaus nicht angemessen, höchst zweckwidrig und höchst barbarisch sey, ist unter den philosophischen Rechtsgelehrten ausgemacht *). Eine solche Handlung ist an und für sich blos Immoralität, aber nicht Rechtsverletzung,

*) J. J. Cella von Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen. (Zweybr. und Leipz. 1787. 8.) 1 Hauptstck.

letzung, ist, wenn sie durch positive Gesetze aus Policeirücksichten verboten worden ist, ein Vergehen, aber kein Verbrechen. Sie verletzt an sich Niemandes Rechte, widerspricht nicht unmittelbar dem Staatszwecke, und verdient, wenn jenes Policeigesetz verletzt worden, eine Ahndung, aber keine peinliche Strafe. Weil aber dennoch das positive Gesetz dieses Vergehen in die Reihe der Verbrechen setzt, und es ausdrücklich mit einer peinlichen Strafe belegt; so darf, nach der in so ferne ganz wahren Behauptung, die Strafe, wegen der objectiven Bedingungen, nicht gemildert, und nur, weil die Handlung an und für sich auf einer so geringen Stufe der Gefährlichkeit steht, etwa zu einer bloßen Policeiahndung herabgesetzt werden. Wenn die plena libertas als Mitbedingung zu jener Strafe vorhanden ist, so muß sie angewendet werden *) und darf nur dann einer gelindern Strafe weichen, wenn jene nicht vorhanden ist. Ganz anders aber wenn dieser Artikel eine arbiträre Strafe enthielte. Nun dürfte der Richter sich blos an die allgemeinen Principien halten, dürfte in ihrem ganzen

*) Daß die Praxis den Umfang des Gesetzes beschränkt hat, kommt hier, wo es uns um bloße Beispiele zu thun ist, nicht in Betrachtung.

ganzen Umfange dieselben anwenden, und es liesse sich kein Grund entdecken, aus welchem er jemals über die Policeistrafen hinausgehen, und auf eine peinliche Strafe erkennen dürfte. Denn bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung kommen nicht blos die subjectiven (auf den Begriff der Freiheit beruhenden) sondern auch die objectiven (durch die Eigenschaften der Handlung selbst begründeten) Principien zur Anwendung, und nach diesen kann die Sodomie niemals bis zur Strafbarkeit eines Verbrechens steigen, und mit einer peinlichen Strafe geahndet werden.

Wie einleuchtend und auffallend sind aber hier nicht die Widersprüche.

a) Die Vertheidiger dieser Vorstellungsart geben uns einen Begriff von Strafe, in welchem die Nothwendigkeit, daß die Größe des Uebels der Größe der Strafbarkeit einer jeden That in concreto angemessen sey, unmittelbar enthalten ist; und doch behaupten sie, daß gestraft werden dürfe, wenn auch die Größe der Strafe der Größe der Rechtsverletzung gar nicht angemessen, und von weit geringerer Gefährlichkeit seyn sollte, als daß die Strafe des Gesetzes ihr gemäß seyn könnte.

Geste-

Gestehen wir denn nicht dadurch ein, daß der Staat eine offenbare Ungerechtigkeit begehe, sobald er nach einem solchen oder ähnlichen Gesetze straft, daß er dann nicht strafe, sondern sich räche, daß er nicht Gerechtigkeit, sondern Barbarei und Rache übe? — „Aber das Gesetz?" Gut, dieses ehre ich auch. Aber es ist hier nur von der Consequenz die Rede. Wenn nemlich der Begriff von Strafe den Sinn hat, welchen ihm diese Rechtslehrer geben, und wenn sie es für nothwendig und gerecht halten, nach diesem Begriffe die Natur des Strafgesetzes zu bestimmen; so müssen sie, vermöge dieses Begriffs, geradezu folgern und eingestehen, daß es überhaupt kein Strafgesetz gebe, daß jede scheinbar noch so categorische Verordnung doch nur in jeder Rücksicht bedingt sey, und ihr nur in so weit selbst von ihrem Urheber Gültigkeit beigelegt werden könne, als sich nicht zeigt, daß die Strafe mit dem Verbrechen in Disproportion stehe. Unter Voraussetzung jener Natur der Strafe muß daher auch die Anwendung des bestimmten Strafgesetzes nach den objectiven Principien der Strafbarkeit beurtheilt werden, und zu den gesetzlichen Voraussetzungen gehört dann nicht blos das, daß die Strafe mit dem subjectiven Grunde der Strafbarkeit, der Freiheit, sondern

auch

auch mit den objectiven Gründen derselben und der Natur des Verbrechens überhaupt übereinstimme. Der Unterschied, den diese Männer zwischen dem bestimmten und zwischen dem unbestimmten Strafgesetze angeben, ist daher nur erschlichen, ist ihren eigenen Begriffen widersprechend, und ertheilt der gesetzlichen Strafe auf Kosten der Consequenz eine halbe Autorität, während sie ihr mit Consequenz alle absprechen sollten. b) Warum ist denn in dem categorisch bestimmten Strafgesetze jene stillschweigende Bedingung, neben den ausdrücklichen, enthalten? Darum, antworten uns einstimmig alle Rechtslehrer, weil sonst die gesetzliche Strafe ungerecht seyn würde. Gut, dadurch allein aber wird ja nach den eigenen Grundsätzen der Gegner noch gar nicht eine gewisse Strafe gerecht und der Größe des Verbrechens angemessen, daß sie den subjectiven Gründen der Strafbarkeit gemäß ist, oder (um uns ganz des Redegebrauchs der Gegner zu bedienen) daß sie auf eine Handlung folgt, die völlig imputabel ist und mit voller Freiheit begangen worden ist. Das Gegentheil hievon können doch unmöglich unsre Gegner wollen. Denn dies hiesse behaupten: auch das geringste Vergehen dürfe mit der härtesten Strafe verfolgt werden, wenn nur das

Sub-

Subject freie Ursache im strengsten Verstande gewesen sey. Da nun also rechtliche Nothwendigkeit der Grund seyn soll (und seyn muß) welcher den vollen dolus bei der That als stillschweigende Bedingung zur Strafe begründet; die volle Freiheit allein aber eine bestimmte Strafe noch gar nicht zu einer gerechten und dem Verbrechen angemessenen Strafe erheben kann, so ist das Dilemma vollkommen gerechtfertigt: entweder ist der höchste Grad des dolus gar nicht stillschweigende Bedingung der Strafe, und die rechtliche Folge ist lediglich an die ausdrücklich festgesetzten Bedingungen verknüpft, oder aber, auser der vollen Freiheit sind auch die übrigen, durch allgemeine Principien bestimmten, objectiven Eigenschaften der That, welche diese Strafe rechtfertigen können, Bedingungen der Anwendung derselben, und alle bestimmten Strafgesetze sind mithin nichts weniger als Gesetze, sondern blos beliebige Normen, die selbst diesen Namen kaum verdienen *). Ein

drit-

*) Unbegreiflich ist es, wie denkende Männer dieses übersehen konnten. Noch unbegreiflicher aber ist es mir, wie Hr. Grolman sagen kann: „Ist die Strafe in dem Gesetze ganz bestimmt, so muß der Richter jetzt, vor allem Weitern, die Bedingungen des Falls aufsuchen, welchen der Gesetzgeber bei

seiner

drittes giebt es nicht: und wer das letzte ergreiffen wollte, dem haben wir schon geantwortet.

2) Wenn

seiner Sanktion vor Augen hatte. Hat der Gesetzgeber diese selbst angegeben, so bedarf es keines weitern Suchens; ist aber dieses nicht geschehen, so muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber von dem gewöhnlichen Falle voller subjectiver Gesetzwidrigkeit rede." Grundſ. d. C. R. W. §. 149. — Ist die Größe der Gefährlichkeit, nach dem Begriffe der Strafe als Prävention, das Princip für die Größe der Strafe, warum brauchen, warum dürfen wir den Richter auf das Gesetz verweisen, um nach diesem zu strafen? Und wenn Strafe Prävention ist, was kann auſſer jenen Principien der Maasstab der Strafe seyn? — Hat nicht Hr. Grolman ausdrücklich gesagt, daß die Zufügung der Strafe von dem Strafgesetze unabhängig sey, daß sich das Strafgesetz nicht auf den Richter, sondern nur auf das Volk beziehe, daß dieses nicht bestimme, wie der Staat sich vor künftigen Beleidigungen eines bestimmten Verbrechers sichern soll, sondern daß es nur, zur Verhüthung möglicher Verbrechen überhaupt, die Uebel vorherverkündige, welche den Verbrecher, vermöge des Präventionsrechts, treffen werden. — Wie kann er also hier sagen: der Richter müsse, um strafen zu können, den Sinn des Gesetzes erforschen, und nach diesem die Strafe in concreto bestimmen? Es muß entweder das erste oder das letzte falsch seyn, weil beide Behauptungen sich einander direkte widersprechen.

2) Wenn volle Freiheit die Bedingung zur Anwendung der gesetzlichen Strafe ist, wenn sie gemildert werden soll, sobald heftige Anreitze zur That vorhanden waren, sobald Erziehung oder Gewohnheit, oder böses Beispiel des Subjectes Freiheit gehindert haben, und daher nicht blos in ihm allein, sondern zugleich in Naturursachen der Grund des Verbrechens liegt; — kann denn jemals die gesetzliche Strafe statt finden, kann nur auch ein einziger Fall in der Welt vorkommen, der mit der Strafe des Gesetzes belegt werden könnte? Unsere Rechtslehrer mögen sich nun unter Freiheit das denken, was man sich darunter denken muß, wenn man nicht Begriffe verwechseln will, nemlich das Vermögen absolute, von Naturursachen unabhängige, Ursache von Erscheinungen zu seyn; oder sie mögen die Freiheit mit der Willkühr, dem Vermögen zu überlegen, für gleichbedeutend halten; so denken sie doch unter diesem Worte eine Unabhängigkeit von antreibenden Naturursachen zu der That, und denken sich eben darum eine Voraussetzung, welche nie wirklich werden kann. In wie ferne *) der Mensch ein

*) Dieses in wie ferne zeigt dem Kenner hinlänglich, daß das, was ich hier vortrage, nicht —

Deters

ein Gegenstand der Erfahrung, ein Object unsers Verstandes und unserer theoretischen Nachforschung ist (und nur in so ferne kommt er dem Richter und Gesetzgeber in Betrachtung); in so ferne, sage ich, müssen wir ihn immer als Naturwesen betrachten, mithin als ein Wesen, das dem unabänderlichen Naturgesetze von Ursache und Wirkung unterworfen ist; auf welches daher die Natur einwirkt, und dessen Handlungen eben so gewiß, wie alle andere Erscheinungen, als Wirkung auf vorhergehende Naturursachen bezogen werden müssen. Wir können auf dem Wege der Erfahrung und in so ferne wir ihn als Naturobject betrachten, durchaus keine Freiheit an ihm finden; alles, was er thut, ist durch unabänderliche Naturgesetze vorherbestimmt, und er ist nur das Mittelglied, durch welches die Natur ihre Wirkungen hervorbringt. In der Erziehung des Menschen, in seiner Organisation, in den durch äussere Ursachen ihm herbeigeführten Vorstellungen, welche sein Begehren bestimmen, in den besondern Modificationen seines

Wesens,

Determinismus ist. Es ist dieses die Kantische Vorstellungsart, welche ich aber nicht, weil sie die Kantische, sondern weil sie die einzig wahre ist, auch zu der meinigen gemacht habe. In dem Folgenden wird sich alles weiter aufklären.

Wesens, welche der Grund sind, warum er gerade auf die Realisirung dieser Vorstellung sein Begehren richtet, und gerade diesen Gegenstand als ein Object der Lust betrachtet, in den zufälligen äussern Umständen, welche ihn zu dieser Zeit gerade für diese Art von Eindrücken besonders empfänglich machen; hierin liegt der Grund alles äussern Wirkens und Handelns des Menschen, so weit wir ihn als Naturobject betrachten, oder mit andern Worten, so weit wir seine Natur mit unserm Erkenntnißvermögen erreichen können. Freiheit und Unabhängigkeit von Naturursachen, ist ein übersinnlicher, intelligibler Begriff, der für unsern Verstand gar keine Bedeutung hat, dessen Realität wir zwar annehmen müssen, von dem wir aber durchaus keinen theoretischen Gebrauch machen können. Und findet sich auch in der Erfahrung nur ein einziges Beispiel von dieser Unabhängigkeit? Ohne Zweck, ohne ein Motiv bestimmt sich niemand zu einer That; ohne ein zu erlangendes Vergnügen, oder einen abzuhaltenden Schmerz bestimmt sich Niemand zu einem Verbrechen. Eben die Vorstellung dieses Schmerzes oder dieser Lust, und die in unsere ganze Natur verwebten geheimen Triebfedern, welche uns für dieses oder jenes Object der Lust oder Schmerzes,

entweder überhaupt, oder zu einer gewissen Zeit empfänglich machen; eben diese sind es, welche unser Begehren beherrschen, und durch uns die Handlung hervorbringen *). Wir haben Freiheit, aber diese gehört in eine ganz andere Sphäre und hat einen ganz andern Gebrauch **). Wann kann denn also das bestimmte Strafgesetz zur Anwendung kommen, sobald es an die volle Freiheit und Unabhängigkeit des Subjects geknüpft ist; sobald es nur für den Fall gegeben ist, wenn das Subject, als selbstthätiges wahres Ich, die erste und letzte Ursache desselben war? Der Richter, der das Gesetz anwenden wollte, müßte es doch wohl wissen, daß jene Beleidigung vorhanden sey, sie müßte entweder selbst ein Gegenstand seiner Erfahrung, oder es müßten ihm unzweifelhafte Gründe gegeben seyn, aus welchen das Daseyn eines Gegenstandes der Erfahrung, (welches hier die Freiheit als

*) Vix quisquam gratis malus est, aut si quem malitia propter se ipsum delectat, is ultra modum humanum processit, sagt *Grotius* (de J. B. et P. XX. II, 29). Aber der Satz muß noch allgemeiner genommen werden.

**) Es wird dies alles weiter unten bewiesen oder doch weiter ausgeführt werden.

als Ursache der That seyn müßte —) erwiesen werden kann. Was aber ein Gegenstand der Erfahrung werden kann, (und eine übersinnliche Ursache kann dies nicht) wovon sich sogar aus Gründen der Vernunft und aus einer allgemeinen Erfahrung beweisen läßt, daß es nie in der Erfahrung vorgekommen sey, und auch nie vorkommen könne, das kann denn auch begreiflichermaßen niemals zur Erkenntniß eines Richters kommen, der den Menschen blos als Gegenstand der empirischen Nachforschung und seiner theoretischen Vernunft betrachten muß. Bestimmte Strafgesetze hätten daher in unserer sublunarischen Welt durchaus keine Herrschaft und dürften, ohne die größte Ungerechtigkeit und ohne den größten Widerspruch gegen die Theorie, nie angewendet werden, da sich keine einzige freie Handlung des Menschen beweisen läßt, und wir überhaupt keine Freiheit, als nur zur Bestimmung für das Moralgesetz, bei ihm voraussetzen und annehmen können. — Ich will, nicht zum Beweise, sondern zur Erläuterung dieser Behauptung einen neuern Schriftsteller anführen, der selbst Rechtsgelehrter ist, der fast immer citirt wird, und, obgleich unbeachtet, dieselben Zweifel gegen die beliebte Theorie erhoben hat. „Für ganz unrichtig sehe ich es an, sagt

Gmelin *) wenn man behauptet, daß auf Temperament und Heftigkeit der Leidenschaften, auf Beweggründe Verbindungen und Nebenumstände, welche auf des Verbrechers Denkungsart Einfluß hatten, auf seine Erziehung, das Maas seiner Kenntnisse, auf die Lage, in welcher er sich zu der Zeit des begangenen Verbrechens befand, auf die Reitzungen, welche er dazu empfieng, auf seine nach vollbrachter That geschehene Aeusserungen und dergleichen Umstände genau gemerkt, und durch alles dieses entschuldiget und seine Strafe gemildert werden sollte. Man gebe mir den ruchlosesten Verbrecher; nach diesen Grundsätzen will ich ihn vertheidigen, daß ihn der Staat nicht nur nicht strafen, sondern ihm Abbitte thun muß, daß er ihn zu einem solchen Verbrecher hat werden lassen. Ein Verbrecher handelt immer aus moralischen (?) und physikalischen Beweggründen, dieses bringt die Natur des menschlichen Willens mit sich; der Verbrecher ist zu bedauern, daß er durch den Zusammenfluß mehrerer Umstände zu Begehung des Verbrechens bestimmt wurde; aber dar,

*) Grundsf. der Gesetzgebung über Verbr. u. Strafen. §. 9.

daraus folgt nicht, daß er unschuldig seyn, und nicht (nach den Gesetzen) bestraft werden könne. Ist einmal eine dem Staate nachtheilige Handlung mit Ueberlegung begangen worden, und hatte der Thäter den freien Willen, nach vernünftigen Beweggründen zu handeln; so muß die Strafe gewiß als ein natürliches Uebel folgen, um andere, welche auch überlegen können, von Begehung ähnlicher Handlungen abzuschrecken. — Wollte man dem, der durch die Hitze des Temperaments sich hinreissen liesse, der eine schlechte Erziehung genoß, die Strafe vermindern, oder nachlassen, wie vielen würde alsdann die Freiheit, den Staat zu verderben, Leben, Ehre und Güter ihrer Mitbürger anzufallen, ungestraft hingehen; wo würde der Verbrecher seyn, welcher nicht solche Entschuldigungen für sich anzuführen wüßte! welche Folgen für den Staat! Eben diese Umstände sind es gerade, welchen durch die Strafe entgegengearbeitet werden, gegen welche die Strafe in dem Willen des Menschen das Uebergewicht geben muß."

3) Man rechnet die volle Freiheit unter die Bedingungen der Zufügung einer gesetzlichen Strafe, und will doch auch zugleich daß ein er-

höh-

höhter Grad der Zurechnung, der doch wohl nach der gemeinen Theorie ein erhöhter Grad der Freiheit seyn muß, die gesetzliche Strafe erhöhen, also ein Grund der Schärfung seyn sollte. Kann man sich hiebei etwas denken? Was ist Freiheit anders als Unabhängigkeit von bestimmenden Naturursachen, und kann es eine größere Freiheit geben, als eine volle Freiheit? wie kann es über der absoluten Selbstständigkeit und Unabhängigkeit noch eine höhere geben?

4) Vielleicht aber nimmt man es mit den Worten: volle Freiheit, nicht so genau, und versteht darunter eine solche Freiheit der Hand, lungen, welche wir in der Erfahrung antreffen; wo der Mensch zwar nicht ganz unabhängig handelt, aber doch auch nicht ganz durch Naturursachen bestimmt wird — ein Zwitterbegriff von Freiheit, bis zu welchem mein Verstand nicht hinaufreichen kann. Man müßte hier eine gewisse Quantität und Stärke von Naturursachen als mitwirkend zu der That annehmen, wenn die gesetzliche Strafe statt finden sollte; und wenn sie nicht statt finden sollte, müßten entweder mehr oder stärkere Naturursachen auf das Subject einwirken und zur That determiniren. So verfährt

man

man auch in der Anwendung jener Begriffe wirklich. Man belegt z. B. einen Mörder mit der gesetzlichen Strafe, wenn er durch Habsucht, durch Haß ꝛc. bestimmt wurde, einen Mord zu begehen; man mildert ihm die Strafe, wenn er durch eine äusserst rohe Erziehung, durch Zureden von andern ꝛc. zur That bewogen wurde. Wenn aber das Strafen nicht ein bloßes Werk des Zufalls und eines blinden Herumtappens seyn soll; so muß doch genau die Grenze angegeben werden, wo die Existenz von Naturursachen die gesetzliche Strafe zuläßt und wo sie dieselbe mildert; so muß doch wohl bestimmt werden können, wie groß, wie stark und von welcher Art die Naturursachen seyn müssen, die, wenn sie auf das Subject einwirken, die gesetzliche Strafe zulassen oder mildern; so muß die Bedingung, welche der Gesetzgeber vor Augen hatte und haben mußte, mit logischer und realer Genauigkeit vorgelegt werden können. Dies ist aber ganz unmöglich, übersteigt alle menschliche Verstandeskräfte und mit dem Geständnisse dieses Unvermögens, welches man uns wohl nicht vorenthalten kann, wäre denn zugleich auch erwiesen, daß keine befriedigende Theorie von solchen Milderungsgründen je aufgestellt werden könne, daß alles Mildern oder

Schär-

Schärfen der Strafe ein grundloses ohne Princip angestelltes Verfahren, ein Werk des Ohngefährs und blinder Ahndungen des Richters sey, der auf Gerathewohl die Gesetze anwendet und auf gutes Glück unter die Füße tritt.

6) Es wird von den Vertheidigern dieser Theorie der geringere Grad der Freiheit als allgemeiner Milderungsgrund aller Strafgesetze angegeben. Sie scheinen daher nicht einzusehen, daß dies geradezu dem Geiste der positiven Strafgesetze widerstreite. Wir haben viele Strafgesetze, welche offenbar nur gegen den Zustand der Leidenschaft oder des Instinkts gerichtet sind, welche geradezu eine Handlung voraussetzen, die nach der Regel der Natur nur in dem unfreien Zustande und ohne Ueberlegung geschieht, wo also das Strafgesetz gerade die Ansicht hat, diesem unfreien Zustande entgegen zu wirken, die Ueberlegung erst hervorzubringen, und dadurch die That zu verhindern. Der Art. 137 droht ausdrücklich die Todesstrafe dem, der aus Leidenschaft einen Todschlag begeht; andere Gesetze bedrohen die Unzucht, Nothzucht, Hurerei, Ehebruch u. s. w., lauter Verbrechen, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur, nicht aus Ueberlegung, etwa um dadurch

einen

einen Zweck des Verstandes zu erreichen, sondern aus einer durch Instinkt erregten Leidenschaft, mithin in einem überlegungslosen Zustande begangen werden und bei denen gerade diese Leidenschaft aufgehoben werden soll. Wie in aller Welt kann denn hier wegen eines geringen Grades der Freiheit gemildert werden? wie kann man sagen: wenn die Leidenschaft den allerhöchsten Grad der Stärke erreicht hat, und die Freiheit also geringer geworden ist, dann kann die gesetzliche Strafe nicht angewendet werden? Die Strafe ist ja gerade gegen dieſen Zustand gerichtet, ihn aufzuheben ist ja eben der Grund, um dessentwillen das Gesetz und die Strafe desselben gegeben ist; er also ist gerade die gesetzliche Bedingung zu dieser gesetzlichen Strafe. Was geschieht also, wenn man die Strafe mildert? Man lügt dem Gesetze eine Bedingung an, die es gar nicht haben kann, wenn man sich den Gesetzgeber nicht als einen Wahnsinnigen denken will; man macht gesetzwidrig die Unabhängigkeit von Naturursachen zu der gesetzlichen Voraussetzung, da doch nach der unverkennbarsten Absicht des Gesetzes gerade das Gegentheil die gesetzliche Voraussetzung ist *).

Man

*) Daraus mag man denn auch die Meinung derer beurtheilen, welche eine heftige Liebe für einen all-

Man wende mir nicht ein: der gewöhnliche Zustand der Leidenschaft sey nur Object des Strafgesetzes, nicht der ungewöhnliche, entweder dem Grade oder der Entstehungsursache nach. Man lasse sich doch herab uns zu beweisen: daß, ohne daß der Gesetzgeber dieses sagt, er es dennoch sage und sagen müsse, daß er nur den gewöhnlichen Zustand der Leidenschaft bei seinem Gesetze im Blicke gehabt habe, und nur für diesen es gegeben habe; daß der Gesetzgeber etwas weniger zur Absicht habe, als die Handlung überhaupt zu verhüthen, und jede Triebfeder zu derselben, von was Art und Stärke sie auch immer seyn möge, zu überwinden; kurz, man versuche es zu beweisen was man sagt, und einen vernünftigen Rechtsgrund aufzuführen; und dann wollen auch wir eingestehen, daß es nicht blos eine rechtswidrige Barmherzigkeit sey, was

allgemeinen Milderungsgrund ausgeben, weil, wie sie sehr gelehrt bemerken, die Liebenden furibundi, furentes, furiosi seyen. cf. *Tiraquell de poenis legum temperandis.* c. IV. Eine elegische Abhandlung über die Halsstarrigkeit und das Wahnsinnige in dem Affect der Liebe findet man in einer erbaulichen Wittenberger Disputation *Chr. Goth. Stenzel* Disp. *de philtris rite examinandis et dijudicandis.* Vitemb. 1726. §. 1 et 2.

was unsere Criminalisten zu solchen Gedanken führt.

Aus den angeführten Gründen geht nun wohl das Resultat hervor: daß die Antwort auf unsere obige Frage schlechthin verneinend ausfallen müsse; daß bei bestimmten Strafgesetzen die Lehre von den Gründen der Strafbarkeit zur Milderung der Strafe durchaus von keinem Gebrauche seyn könne, daß ihre Brauchbarkeit blos auf unbestimmte Strafgesetze zur richtigen Bestimmung willkührlicher Strafen eingeschränkt sey, und daß man, ohne ungerecht zu seyn, ohne den Gesetzen einen falschen Sinn unterzuschieben, ohne ihr Ansehn und ihren ganzen Werth zu zerstören, ihnen die volle Zurechnung und Strafbarkeit nicht als Bedingung unterschieben, und in Ermangelung derselben ihre Strafe mildern könne. In der Natur des Strafgesetzes liegt gerade das Gegentheil, und diese bleibt so lange unsere Führerinn, als nicht ausdrückliche Verfügungen des Gesetzgebers uns von dem Gegentheile überzeugen. Wenn ein Gesetzgeber ausdrücklich sagt: „Alles, was das Vermögen eines Menschen, mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln, mehrt oder mindert, das mehrt oder mindert auch den Grad der Strafbar-

barkeit *), wer wollte und dürfte dann widersprechen? Können wir aber ein solches Gesetz nicht aufweisen (und dem Lehrer des gemeinen teutschen Rechts ist dies unmöglich) so müssen wir uns an die Philosophie der peinlichen Gesetze halten, welche eine solche Ausdehnung der philosophischen Principien von der Strafbarkeit der Handlungen geradezu für grundlos und widersprechend erklärt.

Unsere Argumente haben wir, den Worten nach, nur auf die Milderung der Strafe gerichtet. Dadurch wurde aber zugleich die Unmöglichkeit einer Schärfung bewiesen. Doch giebt es auch einige Gründe, welche eigenthümlich gegen die Schärfung der Strafe gerichtet sind, und diese wollen wir noch kürzlich nachholen.

Es giebt kein Strafübel, als nur durch ein Gesetz. Ein Uebel, das nicht aus dieser Quelle fließt,

*) S. allgemeines Landrecht. II Thl. XX. Tit. 1. Absch. §. 18. — Auch in dem Strafgesetzbuch für West-Galizien (Wien 1796) wird ausdrücklich §. 6. zu jedem Verbrechen böser Vorsatz und volle Freiheit des Willens erfordert.

fließt, das zugefügt wird, ohne daß es durch ein Gesetz vorher angedroht worden ist, ist keine Strafe; so wie keine Handlung, so ferne sie nicht unter einem Strafgesetze steht, ein Verbrechen, sondern nur, wenn sie an und für sich eine Rechtsverletzung enthält, eine Beleidigung ist. Denn Verbrechen ist eine durch ein Strafgesetz bedingte Läsion. Nun enthält aber das geschärfte Strafübel, es mag extrinsece oder intrinsece geschärft seyn, neben dem gesetzlichen Uebel noch ein anderes Uebel. Die eigentliche Schärfung in der Strafe ist ein Zusatz zu der gesetzlichen, ist also ein Uebel, das nicht in dem Gesetze angedroht, und darum auch nicht aus demselben erkannt wird. Daraus folgt denn 1) daß eine jede Schärfung, sie mag nun erkannt werden, wegen eines vermeintlich erhöhten Grades der Freiheit, oder wegen einer besondern Grausamkeit in der Ausführung, oder wegen besonderer, ausserordentlich schwerer Folgen (die wohl Schadenersatz, aber nicht Strafe begründen) oder wegen besonderer durch das Verbrechen verletzter Pflichten oder Verbindlichkeiten, durchaus ungerecht sey. Denn der Rechtsgrund der Zufügung eines Strafübels besteht darin, daß das Uebel als Bedingung auf die Handlung, als das Bedingte, gesetzt worden ist, daß dieses der Verbrecher

weiß

weiß und darum rechtlich genöthigt ist, durch die That in die Strafe einzuwilligen. 2) Daß ein solches Uebel keine Strafe seyn kann, weil es nicht durch ein Gesetz bestimmt, mithin auch der Begriff von Strafe darauf nicht anwendbar ist. 3) Daß wenn es auch ein Recht geben sollte, wegen größerer Gefahr die Strafe des Gesetzes zu erhöhen, dieses Recht doch nur dem Oberhaupte selbst, nicht aber dem Richter zustehen könne. Denn der Richter hat nur das Recht zu strafen, aber nicht sonstige Anstalten zur künftigen Sicherheit des Staats zu treffen; hat nur die Befugniß die Strafgesetze auf vorkommende Fälle anzuwenden und die rechtliche Folge, die durch ein Gesetz an gewisse Bedingungen geknüpft ist, durch ein subsumirendes Urtheil an die in concreto vorkommenden Bedingungen zu knüpfen, hat aber keineswegs das Recht sich über die Gesetze selbst zu erheben, und nicht blos unter das Bestimmte zu subsumiren, sondern selbst zu bestimmen *).

Es

*) Klein macht uns gegen diese Behauptung, welche wir schon bei Gelegenheit der Recension der merkwürdigen Rechtssprüche von der Hallischen Juristenfacultät (in der A. L. Z. 1798) vorgebracht haben, folgende Einwendung, durch welche er die Befugniß des Richters, auch auf

Sis

Es ist aber von keiner Schärfung im eigentlichen Verstande die Rede, und mithin auch von die-

Sicherheitsmaasregeln zu erkennen, zu rechtfertigen sucht. Aus den oben angeführten Gründen, behauptet er, (Archiv des peinl. Rechts. II. Bd. 2tes Stck. No. 2.) folge nichts weiter, als daß der Richter hiebei mit Vorsicht verfahren, und der Ortsobrigkeit vieles überlassen müsse. „Das Recht selbst aber, sagt er, scheint mir keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Vielmehr würde die bürgerliche Freiheit einer großen Gefahr ausgesetzt werden, wenn dieses Recht dem Landesherrn oder der Policeigewalt allein überlassen würde. Die Freiheit des Bürgers ist ein zu kostbares Gut, als daß er desselben nach dem Gutdünken der Obrigkeit verlustig erklärt werden könnte. Es ist daher nothwendig, daß der Richter über die Frage entscheide: ob der Inculpat nach der Lage der Acten für einen Menschen zu halten sey, welcher durch seine eigene Schuld den Staat in die Nothwendigkeit gesetzt hat, seine Freiheit einzuschränken.“ Wenn man gezeigt hat, daß in dem Begriffe eines Richters, in der Natur der richterlichen Gewalt, eine solche Befugniß nicht liegen könne; so folgt daraus nicht blos, daß der Richter mit Vorsicht verfahren müsse, sondern daß er gar nicht verfahren dürfe. Wie folgt aber hieraus, daß die Policeigewalt oder der Landesherr nach Gutdünken Sicherheitsanstalten treffen dürfe? dies darf er nicht, und eben weil er es nicht darf, so muß er von dem Criminalrichter, der die Lage der Sachen kennt, und allein mit Zuverläßigkeit beurtheilen kann: ob und in wie weit ein gewisser Mensch dem Staate

ge-

diesen Grundsätzen kein Gebrauch zu machen. I) Wenn das Gesetz selbst unter gewissen Voraussetzungen eine Erhöhung der Strafe bestimmt: diese ist denn eine poena *qualificata*, aber keine *exasperata*, welche immer eine ausserordentliche Strafe seyn muß. Dahin gehört z. B. der *art.* 124. *C. C. C.* da die Verrätherei überhaupt bei Mannspersonen mit dem Viertheilen, bei Weibspersonen mit dem Ertränken bestraft wird; aber die Verrätherei an dem „eygen herrn, bettgenossen oder nahet gesipten freundt" durch Schleifen oder Zangereissen qualificirt. Als Beispiel dient auch der art. 137. C. C. C. — II) Wenn die Strafe eines Verbrechens wegen des Zusammenflusses mehrerer Verbrecher erhöht wird. Ein Concurs von Verbrechen ist vorhanden, wenn ein Subject als Urheber mehrerer Uebertretungen von Strafgesetzen betrachtet wird. Dieses ist auf verschiedene Art mög-

gefährlich sey? Bericht sich erstatten lassen. In so ferne muß freilich der Richter über den Fall urtheilen, um den Landesherrn belehren zu können. Aber weil er nur Richter ist also kann er nicht cum effectu juris auf die Sicherheitsmaasregeln selbst erkennen. Ich bitte übrigens zu bemerken, daß hier nicht davon die Rede ist: ob und in wie weit Sicherheitsmaasregeln die Stelle einer poena extraordinaria einnehmen dürfen und können?

möglich. Es werden nemlich entweder 1) verschiedene Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung (oder doch in einem fortlaufenden Akte) verletzt, (concursus delictorum simultaneus s. idealis *) oder 2) durch verschiedene (in der Zeit auf einander folgende) Handlungen werden verschiedene Strafgesetze übertreten (conc. del. objectivus s. heterogeneus s. realis), oder 3) es wird durch verschiedene Handlungen ein und dasselbe Strafgesetz verletzt (concursus del. subjectivus s. homogeneus). Dies ist wieder auf zweierlei Art möglich a) der Verbrecher übertritt ein und dasselbe Strafgesetz mehrmals durch verschiedene Handlungen an einem und demselben Objecte (concursus delictorum continuatus), oder b) an verschiedenen Objecten (conc. del. reiteratus s. repetitus.

Jedes

*) Die Begriffe der Rechtsgelehrten über den concursus sim. sind größtentheils sehr schwankend. — So sagt Klein (Grundf d p. R. §. 157) „treffen mehrere Verbrechen verschiedener Art zusammen, so liegt diese Verschiedenheit entweder in dem verschiedenen Gesichtspunkte, aus welchem diese äussere Handlung betrachtet werden kann, oder ꝛc. — jenes ist eine ideale Concurrenz ꝛc. „Wem kann diese Definition einen bestimmten Begriff von dem Gegenstande geben?

Jedes Strafgesetz bestimmt in jedem vorkommenden Falle die Strafe, und jede wirkliche Uebertretung desselben muß, nach der Natur desselben, die in demselben festgesetzte Strafe zur Folge haben. Dieser Satz ist allgemein und gilt für jeden Fall. Es muß also das Strafgesetz angewendet werden, es mag nun mit der Verletzung anderer Strafgesetze (sey diese durch den concursus simultaneus oder successivus geschehen) concurriren, oder es mag von einem Subjecte durch verschiedene Handlungen übertreten worden seyn. So oft Ein Strafgesetz übertreten worden, so vielmal tritt auch seine Strafe ein, so viele Strafgesetze verletzt worden, so viel verschiedene Strafen sollen den Verbrecher treffen. Nach allgemeinen Grundsätzen sollte also bei dem concursus simultaneus und objective-successivus, derselbe Verbrecher in die verschiedenen Strafen der verschiedenen verletzten Gesetze fallen, und bei dem concursus subjectivus müßte so viel mal die Strafe desselbigen verletzten Gesetzes angewendet werden, als es verletzt worden ist. Das letzte kann nur bei dem delicto continuato Ausnahme leiden, wenn man sich darunter auch den Fall denkt, wo durch verschiedene Handlungen erst ein Verbrechen vollendet wird *). Denn hier

ist

*) Kleinschrod. syst. Entw. Thl. III. §. 101.

ist nur Ein Strafgesetz übertreten. Allein nicht immer wird es möglich seyn, die Strafen verschiedener Gesetze, oder die Strafe eines und desselben Gesetzes, wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit der Strafe, mehrmal anzuwenden. Wer mehrere Verbrechen, auf welchen die Todesstrafe steht, begangen hat, kann doch wohl die Todesstrafe nicht doppelt leiden. Da aber doch gleichwohl der Gerechtigkeit der verletzten Gesetze ein Genüge geschehen soll; so bleibt nichts anders übrig, als 1) daß wenn die Verbrechen ungleich sind, auf die höchste Strafe der begangenen Verbrechen erkannt, und 2) diese extrinsece geschärft werde, so daß die Schärfung ein Theil der übrigen Strafen ist, welche der Verbrecher, wenn nicht physische Unmöglichkeit es verhindert hätte, ganz hätte leiden müssen.

Ist nur von Einer Strafe die Rede, so kann diese blos extrinsece geschärft werden. „Dadurch wird wenigstens so viel als möglich der Verfügung der Gesetze Genüge geleistet, und dadurch der Verbrecher so behandelt, wie er es verdient hat: Er muß jenes Uebel ganz leiden, was die strafbarste Seite seiner That verdient; er empfindet auch einen Theil der Strafen,

welche die andern damit verbundenen Verbrechen nach sich ziehen *)." Zu verwundern aber ist daß Kleinschrod bei dem concursus simultaneus jene Grundsätze verläugnet, und die verschiedenen in Einer Handlung enthaltenen Verbrechen nur auch für Ein Verbrechen gelten lassen will. „Hier, sagt er **), ist nur auf Eine Strafe zu erkennen, denn es ist ein unveränderlicher Grundsatz, daß Ein Verbrechen nur mit Einer Strafe kann belegt werden. Sollte auch eine Missethat mehrere Verbrechen unter sich begreiffen; so ist im Grunde doch nur eine einzige Missethat da, die aber mit beschwerenden Umständen verbunden ist." Wie kann doch dieser würdige Mann in einem und demselben Satze sagen, daß mehrere Verbrechen nnter einer Handlung begriffen seyen — und daß auch im Grunde nur Eine Missethat in demselben enthalten sey? Die Zahl der Handlungen bestimmt ja nicht die Zahl der Verbrechen; sondern die Zahl der Uebertretungen ist es, welche die Anzahl der Verbrechen bestimmt. Ist ein Gesetz übertreten, so existirt ein Verbrechen; sind mehrere Ge-

*) Kleinschrod l. c. §. 103.

**) l. c. §. 102.

Gesetze übertreten, so hat sich der Verbrecher mehrerer Verbrechen schuldig gemacht, es sey dies nun durch eine einzige Handlung und in einem einzigen Akte, oder in verschiedenen Handlungen und Akten geschehen. Da nun aber jede Verletzung eines jeden Gesetzes die gesetzliche Strafe zur rechtlichen Folge hat, so muß dies auch hier statt finden, und es müssen die verschiedenen Strafen zugleich zugefügt werden, wenn dies möglich ist, oder sie müssen, wenn dies nicht möglich seyn sollte, exasperirt werden *). Weil nun aber der Grund, aus welchem in allen diesen Fällen die Strafe eines Verbrechens erhöht wird, in den bestimmten Strafgesetzen selbst liegt, so ist auch hier von keinem Schärfungsgrunde im eigentlichen Verstande die Rede.

Der

*) Unserer Meinung ist auch Klein l. c. §. 159. — Daß ich bei allem, was ich hier über den Concurs der Verbrechen sagte, nicht auf positive Gesetze, nicht auf die Einschränkung jener allgemeinen Grundsätze durch diese, nicht auf die Regel: poena major absorbet minorem, Rücksicht genommen habe, wird mir Niemand zum Tadel anrechnen, der die Absicht einsieht, warum ich von diesem Gegenstande hier gesprochen habe.

Der Zusatz zu der Strafe des einen Verbrechens ist ein Theil einer gesetzlichen Strafe selbst, ist durch das Gesetz bestimmt, wird aus demselben erkannt *).

*) cf. *Gros Diss. de ratione poenarum forensium.* (Erl. 1798) §. 18.

Fünftes Kapitel.

Fortsetzung des Vorhergehenden. Ueber das Milderungs : und Schärfungsrecht wegen eines geringern Grades der Strafbarkeit in concreto, nach positiven Gesetzen.

Unsere Untersuchung war bis jezt blos philosophisch. Was haben wir aber damit gewonnen, wenn uns unsere Gesetzbücher positive Gesetze aufweisen können, welche unsere philosophischen Principien widerlegen, und uns sagen, daß nach ihrem Willen bestimmte Strafgesetze dennoch unbestimmt seyen, und die Anwendung der gesetzlichen Strafe, einen derselben entsprechenden Grad der Strafbarkeit in concreto voraussetze? Lassen sich solche Gesetze, vorausgesetzt daß sie unzweifelhaft und richtig verstanden sind, auffinden, so war alle unsere Mühe vergebens, und unser ganzer Versuch — wenigstens ohne practischen Nutzen. Denn gegen die ausdrück-

drücklichen Gesetze gilt keine Philosophie, sie mag auch sagen was sie nur immer wolle. Aber eben darum wäre auch alles Philosophiren der Gegner umsonst, wenn sich zeigen ließe, daß die Gesetze, welche sie anführen, mißverstanden seyen, und vielmehr ihnen ausdrückliche, klare und deutliche Gesetze entgegenstehen. Und ob dieses sich nicht wirklich so verhalte, mag die folgende Untersuchung beweisen.

Daß unsere positiven Gesetze auf den Grad der Strafbarkeit der Handlung Rücksicht nehmen, daß sie nach Verschiedenheit derselben verschiedene Strafen festsetzen, wegen eines geringern Grades derselben ausdrücklich gelindere Strafen drohen, oder wegen eines Mangels an aller subjectiven Strafbarkeit gewisse Personen völlig von der Strafe ausnehmen. Dies alles ist keinem Zweifel unterworfen. Verdienten sonst unsere Strafgesetze auch nur im geringsten diesen Namen? wären sie nicht sonst eine bloße Ausgeburt des Zufalls, ein bloßes Werk der willkührlichsten Tyrannei, welche nicht in den Strafgesetzen die Sicherheit des Staats, sondern nur Lust in der Zufügung der Strafe sucht? Sowohl in den römischen, als in den teutschen Criminalgesetzen, wird daher zwischen vorsätzlichen

lichen Verbrechen und zwischen Verbrechen aus Fahrlässigkeit ein ausdrücklicher Unterschied gemacht. Nur auf jene soll, wie ausdrücklich sowohl allgemeine als specielle Gesetze sagen, die ordentliche Strafe bestimmter Strafgesetze gerichtet seyn: diese sind von derselben ausgenommen, und werden mit gelindern Strafen unbestimmt bedroht. Refert et in majoribus delictis *consulto* aliquid admittatur, an *casu:* et sane in *omnibus criminibus* distinctio haec poenam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere *). Daher wird nach *L.* 3. §. 22. *ad Sctum Silan.* Derjenige von der Strafe dieses Gesetzes ausgenommen, der etsi sciens, non tamen dolo, aperuit testamentum: si forte per imperitiam, vel per rusticitatem, ignarus edicti Praetoris, vel Scti, aperuit. Der junge Soldat, der seine Waffen ver-

*) *L.* 5. §. 2. *D. de poenis.* Diese Stelle des Ulpian findet sich vollständiger in der *Collatio Leg. Mosaic. et Rom.* ap. *Schulting Jurispr.* Antej. pag. 733. Daß die Römer dem dolus den casus entgegensetzten, und unter diesem unsere culpa begriffen, ist bekannt. Dies zeigt sich nicht blos aus dem angezogenen Gesetze, sondern auch aus *L.* 1. §. 3. *D. ad L. Corn. de sicar.* Hier lesen zwar einige causa; allein alle ältere Editionen und die Glossen haben casu.

verkaufte (ein Verbrechen, welches der Desertion gleichgeachtet wurde) war daher nicht dieses Verbrechens schuldig, weil bei ihm nicht dolus, sondern nur Nachläßigkeit angenommen wurde *). Boshafte Brenner wurden nach dem römischen Rechte mit dem Feuer bestraft; diejenigen aber, welche nur aus Nachläßigkeit einen Brand erregten, wurden, auser dem Schadenersatze, mit einer blos bürgerlichen Strafe belegt **), deren Zufügung dem praefectus vigilum, einer bloßen Policeiobrigkeit, und nicht dem Criminalrichter ***) über-

*) *L. 14. §. 1. D. de re militari.*

**) *L. 28. §. 12. D. de poenis.* Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias, vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. Qui vero casam, aut villam, aliquo lenius. Nam *fortuita* incendia, si cum vitari possint, per *negligentiam* eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur, ut qui jactura affectus est, damni disciptet, vel modice vindicaretur. cf. *Matthaei de crim.* Tit. V. cap. 8.

***) *L. 3. §. 1. D. de officio praef. vigil.* Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt; aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.

überlassen war *). Eben diesen Unterschied zwischen dolus und culpa erkennt auch sowohl das canonische Recht, als auch unsere Carolina **) an. Niemand wird daher zweifeln, daß die gesetzliche Strafe keines Verbrechens auf die culpa ausgedehnt werden dürfe, daß jene nur gegen den dolus gerichtet sey, und, wo dieser nicht erwiesen werden kann, eine ausserordentliche, gelindere Strafe angewendet werden müsse. Aber kann man denn, wie es unsere Rechtslehrer thun ***), sich auf diese Gesetze berufen, um daraus ein Milderungs- oder Schärfungsrecht, wegen eines verringerten oder erhöhten Grades der Strafbarkeit in concreto zu erweisen? Sie erklären ausdrücklich den dolus für die Bedingung der gesetzlichen Strafe, schließen ausdrücklich die culpa davon aus, und constituiren daher bei jedem benannten Ver-

bre-

*) Auf diese Unterscheidung des *dolus* und der *culpa* bezieht sich auch nebst vielen andern Gesetzen die *L. 1 §. 3. D. ad L. Corn. de sic.* welche dadurch merkwürdig geworden ist, daß man in ihr den Unterschied zwischen dem dolus directus und indirectus gelesen zu haben glaubte.

**) Art. 134. 136. 148 et 146. C. C. C.

***) Dies thut, um nur Einen von Unzählichen anzuführen, *Carpzov Quaest. 142. nr. 30.*

brechen, zwei, in Hinsicht auf den subjectiven Grund ihrer Existenz völlig von einander verschiedene, Arten, von welcher die eine — das delictum dolosum — mit der gesetzlichen, die andere — das delictum culposum — mit einer willkührlichen Strafe belegt werden soll. Wie folgt nun aus diesem, nach den Principien der Strafbarkeit, ausdrücklich bestimmten, gesetzlichen Unterschiede, daß alle bestimmten Strafgesetze selbst erst nach dem allgemeinen Maasstabe der Strafbarkeit beurtheilt, und in concreto angewendet werden sollen und dürfen? wie folgt, daß auch da, wo nicht, durch ausdrückliche Worte des Gesetzes, die gesetzliche Strafe auf eine bestimmte Modification der benannten That eingeschränkt worden ist, diese dennoch nur auf eine gewisse Art oder Species angewendet werden dürfe? Wie folgt aus dem zwischen dolus und culpa gesetzlich festgesetzten Unterschiede, daß auch die auf den Vorsatz, ohne ausdrücklichen Unterschied, festgesetzte Strafe, dennoch nur dann angewendet werden dürfe, wenn nicht blos Vorsatz überhaupt, sondern wenn voller dolus und volle Zurechnung i. e. plena libertas vorhanden ist? Von allen diesen sagen doch jene Gesetze kein Wort, und eben so wenig läßt sich so etwas auch nur mit dem geringsten Scheine, aus den-

denselben folgern. Oder meint man etwa, weil der Gesetzgeber, nach den verschiedenen Arten und Graden der Gefährlichkeit, verschiedene Strafen festgesetzt hat, so dürfe nnn auch der Richter, vermöge seines Beispiels, nach den verschiedenen Arten und Graden der Gefährlichkeit die Strafe in concreto festsetzen? Man sollte doch aber bedenken, daß Richter und Gesetzgeber nicht eine Person, sondern zwischen beiden ein sehr wesentlicher Unterschied ist. Der erste giebt das Gesetz, und muß also seinen Inhalt nach dem allgemeinen Maasstebe der Strafen bestimmen; der Richter aber hat kein Gesetz zu geben, sondern er hat nur die gegebenen Gesetze anzuwenden. Was also von jenem gilt, kann darum noch nicht von diesem gelten, und wenn wir von jenem gezeigt haben, daß er etwas gethan oder zu thun das Recht habe, so haben wir darum noch nicht gezeigt, daß auch dieser dazu berechtigt sey. Gleichwohl beweisen auch die übrigen Citate nnserer Criminalisten nur zu deutlich, daß man sich auf diese oder doch auf ähnliche Syllogismen stützt.

Man beruft sich auf *L.* 1. §. 1. *de abigeis*, um zu beweisen, daß die Ursachen, welche ausser dem Handelnden liegen, und seine Freiheit beschränken,

ken, gesetzlich bestimmte Milderungsgründe seyen *). Und wie lautet denn dieses Gesetz? Abigei autem proprie habentur, qui pecora ex pascuis, vel ex armentis subtrahunt, et quodammodo depraedantur, et abigendi studium quasi artem exercent, equos de gregibus, vel boves de armentis abducentes. *Ceterum si quis boves aberrantes, vel equos in solitudine relictos abduxerit, non est abigeus, sed fur potius.* So merkbar ist es doch wohl, daß hier nicht wegen eines geringern Grades der Freiheit, wegen der unvermutheten Gelegenheit, die letzte Handlung von der ordentlichen Strafe ausgeschlossen ist; sondern weil, wie das Gesetz selbst sagt, der Begriff von einem abigeus, mithin die Bedingung, an welche das Gesetz die ordentliche Strafe knüpft, nicht vorhanden ist. Es läßt sich allerdings annehmen, daß der Gesetzgeber auf die Gelegenheit zur Handlung Rücksicht genommen, und eben darum so viele Merkmale in den Begriff des Verbrechens aufgenommen hat, damit jene oft aus Uebereilung begangene That von der Strafe des Abigeats ausgeschlossen würde. Wie in aller Welt wird aber

das

*) Grolman Grundsf. d. C. R. W. §. 169.

dadurch das Recht des Richters begründet, eine gesetzlich bestimmte Strafe wegen des Grades der Strafbarkeit in concreto zu mildern oder zu schärfen? die übrigen Gesetze, welche man anführt, sind alle von demselben, oft sogar von noch weit schlechterm Gehalte. Man citirt *L.* 17. §. 7. *de injuriis* — Liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit, man citirt *L.* 167. §. 1. *de R. J.* — Qui jussu judicis aliquid agit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet, — und mehrere andere Gesetze, welche eine durch den Befehl eines andern bewirkte That nur in Rücksicht auf den Befehlenden, den Strafgesetzen unterwerfen. Allein diese Stellen passen schon darum gar nicht, weil sie nicht von Milderung der Strafe, sondern nur von dem Falle reden, wenn die Strafe ganz hinwegfallen soll. Die römischen Juristen glaubten, daß wer den Befehlen eines andern unterworfen sey, und von diesem zu einer That bestimmt worden, in so ferne gar nicht als Person betrachtet werden könne, und weil der dem Befehl unterworfene in dieser Rücksicht gar keinen Willen habe, der Befehlende allein als Ursache der That

betrachtet werden müsse. *Velle* non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini: Proinde si quis alterius impulsa damnum dederit, Proculus scribit, neque eum, qui impulit tenere, quia non accidit, neque eum, qui impulsus est, quia damnum injuria non dedit *). Am wenigsten sollte man aber hier das canonische Recht anführen. Es sagt zwar *c.* 5. *X. de his, quae vi metusque causa fiunt*: „Distinguimus autem, utrum is, qui communicat excommunicatis, invitus sit, per *coactionem* adstrictus, aut per *metum* inductus. In primo non talem credimus excommunicatione teneri, cum magis pati, quam agere convincatur. In secundo, *licet metus attenuet culpam, quia tamen eum non prorsus excludit*, cum pro nullo metu debeat quis mortale peccatum incurrere, excommunicationis labe credimus inquinari." Diese Verordnung hat 1) eine Kirchenstrafe, nemlich die Excommunication, zum Object. Mag sie daher verordnen was sie wolle, so gilt sie hier nicht, wo wir es mit bürgerlichen Strafen, welche von jenen wohl unterschieden werden müssen, zu thun haben. 2) Sie spricht nicht von einem Verbrechen, sons

*) L. 4, D. de R. J.

sondern von einer Sünde; und in dem ganzen peinlichen Rechte ist nur von Verbrechen die Rede.

3) Sie spricht nicht von Milderung der Strafe wegen verringerter Zurechnung, sondern von gänzlicher Aufhebung der Strafe, wenn alle Imputabilität hinwegfällt, wenn nemlich durch einen äussern physisch unwiderstehlichen Zwang der Mensch zur Gemeinschaft mit einem Excommunicirten bestimmt worden. Das Gesetz unterscheidet: ob jemand durch Zwang (coactio) oder nur durch Furcht (metus) zur Uebertretung verleitet worden. In dem ersten Fall, sagt Innocentius III. soll der Sünder der Strafe der Excommunication nicht unterworfen werden, quia magis pati, quam agere, convincatus. 4) Sie sagt ausdrücklich, daß wenn jemand durch bloße Furcht zu der Uebertretung verleitet worden, die volle Strafe statt finden solle, und zwar — NB. weil durch Furcht zwar der *dolus* und die Strafbarkeit verringert, aber doch nicht aufgehoben werde *). So führen also die Gegner solche

*) Eben so interpretiren auch die besten Ausleger dieses Gesetzes, das kaum einer Interpretation bedarf. Man sehe *Gonzalez Tellez Comment. ad Decret.* Tom. I. p. 956. sq.

solche Gesetze an, die nicht nur nichts für sie, sondern gerade gegen sie beweisen.

Von den besondern Gesetzen, bei welchen ausdrücklich der Grade der Strafbarkeit Erwähnung geschieht, und welche als Beweise eines Milderungsrechts angeführt werden, verdienen noch folgende einiger Erwähnug. *L.* 2. *de receptatoribus.* Eos, apud quos *affinis*, aut *cognatus* latro conversatus est, neque absolvendos, neque severe admodum puniendos, *non enim par est eorum delictum*, et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt. — *L.* 4. §. 15. *D. de re militari*, sagt man von denen, welche des criminis emansionis schuldig sind: examinantur autem causae semper emansionis, et cur, et ubi fuerit, et quid egerit; et datur venia valetudini, affectioni parentum et affinium, et si servum fugientem persecutus est, vel si qua hujusmodi caussa sit, sed et ignoranti adhuc disciplinam tironi ignoscitur. — Modestinus sagt in der *L.* 7. §. 3. *D. ad L. Jul. maj.* von dem Majestätsverbrechen: hoc tamen crimen a judicibus non in occasionem ob principalis majestatis venerationem habendum est, sed in veritate: nam et personam spectandam esse: an po-

potuerit facere, et an ante quid fecerit, et an cogitaverit, et an sanae mentis fuerit. Nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est: quanquam enim temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est. Was die zwei ersten Gesetze betrifft, so bitten wir, zu bedenken, daß beide Verbrechen, von deren Bestrafung die Rede ist, zu den criminibus extraordinariis gehören, und mithin jene Gesetze blos eine Anweisung geben, auf welchen Punkt der Richter bei der Wahl der willkührlichen Strafe aufmerksam seyn müsse *). Die verschiedenen Momente der Bestrafung beziehen sich daher gar nicht auf bestimmte Strafgesetze, sondern auf arbiträre Strafen wo ohnehin der Richter auf den Grad der Strafbarkeit *in concreto* sehen muß. Die letzte Verordnung bezieht sich allerdings auf ein bestimmtes Strafgesetz, nemlich die lex majestatis. Aber was

sagt

*) Daß die receptatores extra ordinem bestraft wurden, beweist ganz deutlich *L. 2. C. Th de his qui latrones.* Latrones quisquis scienS susceperit, vel offerre judiciis supersederit. supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro *qualitate personae ex judicis aestimatione* plectatur.

sagt sie denn? die Hauptgedanken in derselben sind, daß kein Richter, um etwa dem Kaiser sich gefällig zu beweisen, eine Handlung zu Majestätsverbrechen machen soll, die es nicht ist (in veritate habendum est majestatis crimen); daß man zugleich bei dem Beweis dieses Verbrechens vorsichtig seyn und aus den Eigenschaften der Person vor allen Dingen ermessen solle: ob sich dieses Verbrechen von ihr erwarten lasse, und ob sie dessen überhaupt fähig sey (nam et personam — fecerit); daß man endlich diejenigen nicht bestrafen solle, welche in den Majestätsgesetzen gar nicht gemeint seyn können, Kinder und Rasende, oder welche diesen aus kaiserlicher Genade gleichgeachtet werden (nec lubricum liguae — parcendum est *). Also auch in diesem Gesetze findet sich nicht das geringste, was zum Beweise für jene Behauptung dienen könne. — Es wäre unnöthig hier noch mehrere

nichts

*) Eben wegen der verschiedenen Rücksichten, die bei diesem Verbrechen der Richter zu nehmen hat, und wegen der Gefahr, daß die Richter um dem Regenten zu schmeicheln, entweder zu flüchtig verfahren, oder das Verbrechen zu weit ausdehnen möchten, machte Theodosius M. dieses Verbrechen zu den vorbehaltenen, über die er selbst entscheiden wollte. *L. 1. C. Th. si quis imp mal.* ibique *Gothofredum.*

nichts sagende Stellen dieser Art anzuführen *). Denn wenn man auch noch so viele Gesetzstellen dieser Art zusammenhäuft, und Citate über Citate wirft, welche beweisen, daß die Gesetze sich nach dem Grade der Strafbarkeit richten, und nach Verschiedenheit desselben verschiedene Strafen festsetzen, so beweist dies alles nicht um eine Linie mehr, als daß — Gesetze da sind, welche, wozu der Oberherr allerdings nicht blos das Recht, sondern auch die Verbindlichkeit hat, nach den Graden der Strafbarkeit abgemessen sind; hieraus aber zu folgern, daß jedes bestimmte Strafgesetz wieder erst von dem Richter nach den Principien der Strafbarkeit abgewogen werden dürfe: aus dem Satze — der Gesetzgeber hat hier und da, nach den Principien der Strafbarkeit, eine gelindere oder schärfere Strafe festgesetzt — die Folgerung abzuleiten: also darf auch der Richter die festgesetzte Strafe, nach den Principien der Strafbar-

*) Unbegreiflich ist es, wie unredlich manche Juristen citiren. So beruft sich auch hier *Carpzov* Quaest. 142. auf *L.* 22. *C. de poenis* und auf die *Auth. C. omnes peregrini*, *L.* 10. *C. communia de successionibus*, wo auch nicht auf die entfernteste Art von Milderung der Strafen geredet wird.

barkeit mildern oder schärfen; — in der That, dies setzt eine Logik voraus, die bis jezt, meines Wissens, noch nicht erfunden ist. Denn auf die Analogie darf man sich hier schlechterdings nicht berufen. Man kann nicht argumentiren, weil die Gesetze auf die Größe der Strafbarkeit sehen und oft ausdrücklich hiernach die Strafe modificiren; so erkennen wir hieraus ihren Willen, daß die Strafe jederzeit der Größe der Strafbarkeit angemessen seyn, und mithin jede, selbst die gesetzliche Strafe, nur dann, wenn sie der Größe der Strafbarkeit des Verbrechens entspricht, angewendet werden solle. Denn diese Analogie widerstreitet nicht nur der Natur des bestimmten Strafgesetzes, sondern ist auch an sich ohne allen Grund. Denn jene Rücksicht auf den Grad der Strafbarkeit, welche der Gesetzgeber nimmt, bezieht sich nur auf die gesetzliche Bestimmung, nicht aber auf die Zufügung der Strafe.

Ich wende mich nun zu Gesetzstellen anderer Art, welche von den Rechtslehrern aufgeführt werden. Gar keine Rücksicht verdient Quistorp *), der

*) Grundsz. des peinl. Rechts. 1. Thl. §. 99.

der um das Milderungsrecht zu erweisen sich auf solche Gesetze beruft, in welchen die Strafe ausdrücklich der richterlichen Willkühr überlassen wird. Diesen Beweis überlegen zu wollen, wäre eben so absurd, als ihn geführt zu haben. Dagegen verdienen diejenigen Aufmerksamkeit, welche sich auf römische Gesetze berufen, in welchen ausdrücklich und zwar im allgemeinen verordnet seyn soll, daß bei Anwendung aller Strafgesetze nach Zeit, Ort, Stimmung der Person ꝛc. das Strafübel abgemessen werden solle. Von diesen Gesetzen treten zuerst *L.* 155. §. 2. *D. de R. J.* und *L.* 42. *D. de poenis* in die Reihe *). Das letzte sagt: interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam exasperandae, und das erste: in poenalibus causis benignius interpretandum est **). Man wird doch wohl nicht diese Gesetze so verstehen wollen, als wenn sie dem Richter die unbedingte Befugniß ertheilten, den Delinquenten auf widerrechtliche Weise zu begünstigen und gera-

*) Auf diese Gesetze beruft sich nebst einigen andern der Vf. Ueber die Natur und Grenzen d. r. G. ꝛc. in Hagemanns und Günthers Arch. 1. Bd. No. 2.

**) Dahin gehört auch *L.* 25. *D. de legibus.*

geradezu gelinder zu sprechen, als das ausdrückliche und deutliche Gesetz verordnet. Zu dieser Meinung kann uns selbst nicht *L.* 168. *D. de R. J.* die Veranlassung geben, welches sagt: *rapienda* occasio est, quae praebet benignius responsum. Sie sprechen nur von zweifelhafter Anwendung oder Auslegung der Strafgesetze, und beziehen sich auf den Grundsatz: in *ambiguis* rebus humaniorem sententiam sequi oportet *). Die *L.* 32. *D. de poenis* zeigt dieses deutlich. Es enthält die Anwendung jener Rechtsregeln. Si praeses, vel judex ita interlocutus sit: vim fecisti; si quidem ex interdicto non erit notatus, nec poena legis Juliae sequetur: si vero ex crimine aliud est. Quid si non distinxerit Praetor, utrum Julia publicorum, an Julia privatorum? tunc ex crimine erit existimandum. *Sed si utriusque legis crimina objecta sunt, mitior lex, id est privatorum erit sequenda.* — „Aber der *L.* 16. *D. de poenis*, wird man doch Beweiskraft beilegen? Sagt sie nicht ausdrücklich und mit klaren Worten: sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis, *causa*, *persona*, *loco*, *tempore*, *qua-*

*) *L.* 10. §. 1. *D. de rebus dubiis.*

qualitate, quantitate et eventu *)?" Allerdings sagt sie dieses, und wenn man blos diese Worte liest, so muß man wirklich glauben, daß hier Claudius Saturninus die Principien für den Maasstab der Strafe habe aufstellen wollen, und dieses Gesetz, wie es auch von einen gewissen Rechtslehrer ausdrücklich genannt wird, eine ächt-philophische Stelle sey. Aber man nehme sich doch nur die kleine Mühe etwas weiter in diesem belobten Gesetze fort zu lesen, und man wird finden, daß die Juno, die man zu umarmen glaubte, ein luftiges Wolkenbild gewesen sey. Saturnirus sagt uns nun, wie er das: causa, persona ꝛc. verstanden haben wolle **)." Der Rich-

*) Auf dieses Gesetz berufen sich fast alle, selbst die angesehensten und scharfsinnigsten Rechtsgelehrten. Unter diesen nenne ich nur *Meister princ. jur. crim.* §. 105. und Grolman Gr. d. C. R. W. §. 259. — Mehrere die über den Maasstab der Strafen oder die Milderungsgründe schrieben, commentirten sogar blos dieses Gesetz, wie *Schrag Diss. de mitigatione poenarum* Arg. 1682. und *Andreae Diss. de justa delictorum et poenarum quantitate.* Frcf. 1768

**) „§. 2. *Causa:* ut in verberibus, quae impunita sunt a magistro illata, vel parente, quoniam emendationis non injuriae gratia videntur adhiberi; puniuntur, cum quis per iram ab extra-

Richter, so ist der deutliche Sinn des Gesetzes, soll auf die causa des Verbrechens sehen, damit er nicht etwa die Strafgesetze gegen Injurien auf solche Handlungen anwendet, die unter dem Begriffe jenes Verbrechens nicht enthalten sind, welches z. B. der Fall ist, wenn ein Vater seine Kinder, oder der Lehrer seine Zöglnge züchtigt. Denn beide haben hiezu ein Recht, ihre Handlung kann also keine Injurie seyn. Der Richter muß auch auf den Stand und die Eigenschaft der Personen sein Augenmerk richten, weil z. B. nach Verschiedenheit der Stände oft auch verschiedene gesetzliche Strafen bei einem und demselben Verbrechen festgesetzt sind, der Richter also, ohne jene

traneo pulsatus est. §. 3. *Persona* dupliciter spectatur, ejus qui fecit, et ejus, qui passus *est*. Aliter enim puniuntur ex iisdem facinoribus servi, quam liberi, aliter, qui quid in dominum, parentemve ausus, quam qui in extraneum, in magistrum, vel in privatum. In ejus rei consideratione aetatis quoque ratio habetur. §. 4. *Locus* facit, ut idem vel furtum, vel sacrilegium sit, et capite luendum, vel mlnore supplicio. §. 5. *Tempus* discernit emansorem a fugitivo: et effractorem, vel furem diurnum a nocturno. §. 6. *Qualitate* cum factum vel atrocius, vel levius est: ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia etc. etc.

jene Rücksicht, nicht die gehörige von den Gesetzen bestimmte Strafe finden könnte Auch wegen des Alters muß auf die Person gesehen werden, weil nach den Gesetzen Kinder kein Verbrechen begehen und bei Unmündigen in der Regel kein dolus angenommen wird. — Der Ort, wo ein Verbrechen begangen worden, macht zuweilen die Handlung zu einer eigenen Art von Verbrechen. Eine Entwendung ist Kirchenraub, wenn sie aus einem geweihten Orte geschiebt. Der Richter muß daher auch auf den Ort des begangenen Verbrechens sehen, wenn er nicht verschiedene Arten von Verbrechen verwechseln und daher unter die Strafgesetze unrichtig subsumiren will. — Die Gesetze machen zwischen einem Diebstahl der bei Tag und einem Diebstahl der bei Nacht geschieht (furtum diurnum id. nocturnum) einen Unterschied, und zwar nicht nur in Hinsicht auf den Begriff, sondern auch in Hinsicht auf die rechtliche Folge. Jener darf z. B unbedingt getödtet werden, dieser aber nur unter Bedingungen. Also ist auch die Zeit des begangenen Verbrechens ein nothwendiger Gesichtspunkt der richterlichen Beurtheilung eines vorkommenden Verbrechens — Eben dieses gilt nicht weniger von der *qualitas delicti*, um z. B. das furtum manifestum von

dem

dem furto nec manifesto und andere Verbrechen von einander zu unterscheiden u. s w. — Enthalten also jene Worte des §. 1. eine Regel, nach welcher der Richter bestimmte Strafgesetze mildern oder schärfen soll? will etwa Saturnin in denselben die Principien für den Maasstab der Strafen aufstellen? und verweist er den Richter darauf um darnach die Strafen für die Verbrechen in concreto zu bestimmen? Keine Silbe von allen diesem in dem ganzen Gesetz! Saturnin wollte weiter nichts, als die verschiedenen Strafgesetze und die durch diese bestimmten verschiedenen Verbrechen unter allgemeine Gesichtspunkte bringen, und hiedurch dem Richter einen Leitfaden an die Hand geben, nach welchem er sich bei Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen finden und leicht beurtheilen könnte, welches Verbrechen in Untersuchung gekommen sey, und ob und welches Strafgesetz zur Anwendung kommen müsse. Das Ganze besteht also im Grunde aus lauter verbis enunciativis, die im geringsten nicht auf das thema probandum hindeuten. — Die Lex cardinalis ist aber *L.* 11. *D. de poenis.* Oldendorp *) soll dieses einzige Gesetz, wie Zieritz mel-

*) Er sagt in *act. forens. progymn.* C. VII. nr. 1. p. 989. — Sunt autem omnium criminum ratio-

meldet, der ganzen Carolina vorgezogen haben, weil es weit mehr als dieſe eine Norm zur Beſtimmung der Strafe ſey. Es ſagt: perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit; nec enim severitatis, aut clementiae gloria affectanda est: sed perpenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem judicem esse debent: in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. — §. 2. Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinquunt latrones, qui factionem habent. Impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur. Casu vero, cum in venando telum in feram missum, hominem interfecit. Betrachtet man dieſe Stelle an und für ſich, und ohne Vergleichung mit andern Geſetzſtellen, ſo muß man ihren eigentlichen Sinn für ſchwierig, und das Geſetz ſelbſt für ſchwan-

rationes unius propemodum generis, ut a qualitate rerum et personarum dependeant, in quibus multo plus praestat una lex: Respiciendum II. D. *de poenis*, quam totus ille liber de judicio capitali, nescio quoties editus et reformatus.

schwankend und zweideutig erklären. Sie sagt wenigstens nicht ausdrücklich, was sie unsere Rechtslehrer sagen lassen. Sie sagt nur im allgemeinen: der Richter solle nicht zu streng und nicht zu gelinde strafen, sondern so, wie es das Verbrechen erfordert, und bestimmt also nicht im geringsten, ob dies von den ordinariis oder von den extraordinariis criminibus zu verstehen sey. Und was nöthigt sie denn dieses gerade von jenen zu verstehen? Was berechtigt sie denn anzunehmen, daß das Gesetz dem Richter auch dann verpflichte auf die Umstände des Verbrechens zu sehen, wenn auf dieses ein bestimmtes Strafgesetz anzuwenden ist? Ich will hier noch nicht die Gesetze anführen, welche mit klaren Worten diese Befugniß dem Richter absprechen, und daher auch beweisen, daß in der vorliegenden Stelle von der Anwendung bestimmter Strafgesetze nicht die Rede seyn könne. Es ergiebt sich dieses schon daraus, daß man nirgends in dem ganzen Corpus juris auch nur eine Stelle findet, wo jene Regel auf die Beurtheilung eines criminis ordinarii angewendet wäre; sondern es ist überall, wo diese Regel auf ein specielles Verbrechen angewendet wird, ein crimen extraordinarium der Gegenstand. So sagt Ulpian: hodie licet ei, *qui extra ordinem* de

cri-

crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem: *ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat.* *). Ganz deutlich aber beweist dieses *L.* 4. §. 1. *de incendio*, wo Antonin jene Regel mit ihren eigenen Worten anführt, und daraus die Beschaffenheit der willkührlichen Strafen gegen diejenigen, qui praedam ex naufragio diripuissent (ein ausserordentliches Verbrechen) ableitet. Plurimum interest, peritura collegerint, an quae servari possint, flagitiose invaserint, ideoque si gravior praeda vi appetita videbitur: liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis; aut si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis. — *Et omnino, ut in caeteris, ita hujusmodi causis, ex personarum conditione, et rerum qualitate, et diligenter sunt aestimandae, ne quid aut durius, aut remissius constituatur, quam causa postulabit.* Was ergiebt sich aus allen diesem klärer, als daß jenes Gesetz nur von den extraordinariis criminibus zu verstehen sey. — Der §. 2. dieses Gesetzes drückt gar keinen Rechtssatz aus, enthält blos Erklärung von Begriffen, und steht, wenn man

*) *L.* 13. *D. de poenis.*

man das Gesetz nur mit einiger Aufmerksamkeit liest, mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden eigentlich in gar keinem Zusammenhang.

Es sey mir nun erlaubt meinen eigentlichen Gegenbeweis anzutreten. Ich werde ihn erst aus dem römischen, dann aus dem canonischen Rechte und endlich aus der Carolina führen.

Es liegt in dem ganzen Geiste und in den deutlichsten Erklärungen des römischen Rechts, das da, wo ein bestimmtes Gesetz vorhanden ist, dieses dolose übertreten wird, und rechtliche Imputabilität vorhanden ist, die ordentliche Strafe, ohne auf den Grad des dolus Rücksicht zu nehmen, zur Anwendung kommen müsse. Dies zeigt sich schon aus der Theorie des römischen Rechts über die Verbrechen der Kinder, Unmündigen und Minderjährigen. Kinder können gar kein Verbrechen begehen, und also gar keiner Strafe unterworfen werden. Infans vel furiosus, sagt *L.* 12. *D. ad L. Corn. de sic.* si hominem accederint, lege Cornelia non teneatur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excuset. Den Unmündigen scheinen beim ersten Anblick die Gesetze ebenfalls allen dolus abzu-

spre-

sprechen und von aller bürgerlichen Strafe zu befreien. *L.* 22. *pr. D. de falsis* sagt: impuberem in hoc edictum incidere, dicendum non est: quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum *dolus malus in eam aetatem non cadit.* *L.* 23. §. 2. *D. de aedilitio edicto.* Caeterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit edictum: unde Pomponius ait, neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admississe. — *L.* 1. *C. de falsa mon.* Impuberes vero etiam si conscii fuerunt, nullum sustineant detrimentum, quia aetas eorum, quid videat ignorat. Allein die Vergleichung mit andern Gesetzstellen zeigt deutlich, daß hier die Gesetze nicht allen dolus ausschließen, sondern nur den Richter anweisen die Abwesenheit des dolus zu präsumiren, aber in jedem einzelnen vorkommenden Fall zu untersuchen, ob dolus vorhanden gewesen sey, und hiernach zu bestimmen, ob gestraft oder nicht gestraft werden solle. Ist nun aber der dolus erwiesen, dann soll auch den Unmündigen die gesetzliche Strafe treffen. Dies beweisen schon die vorhin angeführten Gesetze, welche, ohne einer Milderung der Strafe zu erwähnen, den Unmündigen nur dann von der gesetzlichen Strafe ausnehmen, wenn, wegen Abwesenheit der Im-

putabilität, alle Bestrafung unmöglich ist, oder, wegen des Daseyns bloser culpa, die Strafe culposer Verbrechen angewendet werden muß. Wie läßt es sich annehmen, daß die Gesetze, wenn sie wirklich eine Milderung wegen eines geringern Grades des dolus bei Minderjährigen anerkennten, diesen wichtigen Punkt überall übergangen haben sollten, wo sie doch ex professo von der Strafbarkeit der Unmündigen reden? daß sie einen Punkt, der sich im Grunde von selbst versteht, so oft berührt, nie aber auf den andern, der doch so sehr der Erklärung des Gesetzgebers bedarf, auch nur hingedeutet haben sollten? Sie sagen überall weiter nichts, als ein Unmündiger, der doli capax ist, sey des Verbrechens schuldig: wer dieses nicht ist, sey von demselben ausgenommen *). Aber wir brauchen dieser Argumentation nicht. Es giebt unzweifelhafte Gesetze, welche geradezu erklären, daß ein Unmündiger, der doli capax ist und

*) *L. 32. D. de furtis.* Impuberem furtum facere posse Julianus scripsit. Item posse cum impubere damni injuria agi, quia id furtum ab impubere sit. — *L. 7. C. de poenis*, Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in eo quis sit, in quem crimen, quod intenditur cadere potest.

und ein Verbrechen begeht, mit der ordentlichen Strafe belegt werden solle. Am klärsten ist *L.* 14. *D. de Scto Silan.* Excipiuntur Scto Silaniano impuberes servi. Trebius autem Germanus legatus etiam de *impubere* sumi jussit *supplicium*: et tamen non sine ratione. Nam is puto nec multum a puberi aetate aberat, et ad pedes domini cubuerat cum occideretur, nec postea caedem ejus prodiderat; ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium praestitisse etiam postea certum erat. Et his duntaxat impuberibus Scto parci credebat, qui sub eodem tecto fuissent; qui vero ministri et participes caedis fuissent, et *ejus aetatis* (quanquam nondum puberis) *ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini, quam in ulla alia causa parci oportere.* Es enthält dieses Gesetz ganz deutlich folgende Sätze: 1) ein Unmündiger, bei dem kein dolus anzutreffen ist, kann auch der gesetzlichen Strafe nicht schuldig erkannt werden: 2) wenn ihn aber die Handlung überhaupt als dolus zugerechnet werden kann, wenn sein Verstand sich schon so weit entwickelt hat, daß er des dolus fähig ist, und seine Handlung unter das Gesetz subsumiren kann, also auch weiß, daß er ein Verbrechen begeht (ejus aetatis,

ut rei intellectum capere posset), dann soll ihm in keiner Rücksicht eine Milderung zu statten kommen, sondern er soll mit der gesetzlichen ordentlichen Strafe des Verbrechens belegt werden. Das Gesetz sagt ausdrücklich: huic non parci oportere und wenn auch diese Worte noch einigen Zweifel übrig liessen, so müßte es sich doch aus dem zum Grunde gelegten Beispiele ergeben, in welchem ein Unmündiger, aus jedem Entscheidungsgrunde, mit der ordentlichen Strafe des Silanianischen Rathschlusses, nemlich der Todesstrafe, belegt wird. Die Gründe zu der Billigung dieser Sentenz sind keine andere als die Existenz des dolus überhaupt. Weil dolus der Handlung zum Grunde liegt, darum und blos darum war es rechtmäßig den Unmündigen mit der gesetzlichen Strafe zu belegen. Auf den Grad des dolus, der doch gewöhnlich bei den Unmündigen geringer ist, auf Unerfahrenheit, Raschheit, verminderte Freiheit, ist auch nicht die geringste Rücksicht genommen. Dieses gilt aber nicht blos von den Verbrechen gegen das Sctum Silanianum. Das Gesetz spricht allgemein; es sagt daß weder hier noch in irgend einer andern Sache (in ulla alia causa) die Unmündigkeit ein Grund der Milderung seyn solle. Vielleicht wendet man ein, daß sich

dies alles nur auf Sklaven beziehe. Allein da stünde doch zu beweisen, daß nicht blos in der Art der Strafen, sondern auch in der Art Strafgesetze anzuwenden, zwischen Sklaven und Freien ein Unterschied gemacht worden sey. Hiezu kommt noch *L.* 1. *C. adversus delictum.* In criminibus quidem, aetatis suffragio minores non juvantur: *etenim malorum mores infirmitas animi non excusat.* Si tamen delictum non ex animo sed extra venit, noxia non committitur, etiam si poenae causa pecuniae damnum irrogetur. Es spricht zwar dieses Gesetz nur von Minderjährigen; allein ohne zu bedenken, daß die Benennung minor eben sowohl von den Unmündigen, als von Minderjährigen im strengsten Verstande gebraucht wird, ist auch hier die allgemeine Regel aufgestellt, daß ein geringerer Grad der Zurechnung (denn diese wird durch die infirmitas animi bestimmt) kein Grund zu irgend einer Entschuldigung seyn solle.

Wenn bei den Unmündigen ein geringerer Grad der Zurechnung des dolus keine Milderung begründet, so läßt sich dies noch weniger bei den Minderjährigen erwarten. Die Gesetze verstatten zwar bei ihnen Milderung der Strafe, aber nicht

wegen

wegen eines blos verminderten dolus, sondern aus dem Grunde, aus welchem, nach dem römischen Rechte, ein jedes Verbrechen einer jeden Person von der ordentlichen Strafe ausgenommen ist, nemlich wegen der culpa. Man sehe *L.* 1. *C. si adversus delictum* *). — Von eben diesem Falle ist auch *L.* 4. *C. de incest. nupt.* zu verstehen. Qui contra legum praecepta, vel contra mandata restitutionesque principum nuptias forte contraxerit; nihil ex eodem matrimonio — consequatur. — *Exceptio tam foeminis, quam viris, qui aut errore acerrimo non affectato insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi.* Und *L.* 38. §. 7. *ad L. Jul. de adult.* Incestum autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet sexu, vel aetate, vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit: *utique si error allegetur.* Diesem scheint *L.* 37. §. 1. *D. de minoribus* zu widersprechen. In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique in atro-

*) Kleinschrod syst. Ent. Thl. 1. §. 88. will dies nur von geringern Verbrechen verstehen. Das Gesetz spricht aber von Verbrechen überhaupt.

atrocioribus: *nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem produxerit.* Kleinschrod *) sagt bei dieser Stelle: „Das Gesetz erklärt sich zwar nicht, wenn eine miseratio aetatis eintreten könne. Aber es wird ohne Zweifel hier der Fall verstanden, wenn noch ein Umstand hinzukommt, der einen geringern dolus vermuthen läßt, in der gewöhnlichen Beschaffenheit der Minderjährigkeit sich gründet, also von dieser noch mehr bestärkt wird.“ Ohne Zweifel scheint mir dies gar nicht zu seyn. Vielmehr da alle Gesetze nur von der Abwesenheit des dolus und von der Milderung wegen einer bloßen culpa sprechen, das vorliegende Gesetz auch ganz unbestimmt spricht; so muß wohl dieser unbestimmte Ausdruck aus den vorhergehenden Gesetzen bestimmt und mithin die miseratio aetatis auf den Fall einer vorhandenen culpa bezogen werden.

Wenn nun bei Unmündigen und Minderjährigen keine Milderung der Strafe, wegen eines geringern Grades der Zurechnung verstattet wird, wenn

*) Syst. Entw. Thl. 1. §. 88.

wenn hier die Gesetze keinen Nachlaß von ihrer Strenge erlauben, läßt sich wohl hievon eine Ausnahme bei andern Personen vermuthen? läßt sich nicht schon hieraus schliessen, daß strenge Execution der bestimmten Strafgesetze des Staats bei der Existenz des dolus überhaupt, allgemeine Regel der Gesetzgebung sey? Wie viel Gründe hat nicht ein Gesetzgeber, von der Strenge seiner Gesetze bei jungen Bürgern nachzulassen, sie in Beziehung auf Strafen zu begünstigen, und gegen sie mehr ein züchtigender Vater, als ein drohender Oberherr zu seyn! Wer fehlt mehr aus Unüberlegung und Unbesonnenheit als die Jugend? In ihr ist der Verstand noch nicht gereift, sie hat noch nicht genug Erfahrungen eingesammelt, um die Handlungen, welche sie begeht, nach ihren Wesen, nach ihren Folgen und Wirkungen übersehen zu können. In ihr ist Phantasie die lebendigste Kraft, die durch den ungeübten Verstand noch nicht beherrscht werden kann, und welche das Begehren zu Verbrechen fortreißt, ohne daß die gesetzwidrige Begierde in dem Gemüthe schon feste Wurzeln geschlagen hätte. Aus einem solchen Verbrecher kann noch der ruhigste Bürger, vielleicht der thätigste Patriot, vielleicht sogar der sittlichste Mensch gebildet werden. Wie viel müßte also einem

Gesetz-

Gesetzgeber daran liegen, einen solchen Verbrecher nicht ganz unter dem Gewichte der Strafe zu erdrücken, ihn dem Staate zu erhalten, und ihm nicht den Muth oder die Fähigkeit zu benehmen, die beleidigte Gesellschaft durch bürgerliche Gesinnungen wieder mit sich auszusöhnen. — Aber alle diese Gründe gelten ihm nichts gegen die Autorität seiner Gesetze: — er will, daß die Schwäche des jugendlichen Alters keinen, der die Gesetze übertreten hat, gegen ihre Strenge schützen solle! — Und er sollte gegen andere nachsichtiger seyn, als er es gegen diese ist? sollte diesen eine Nachsicht verstatten, die er jenen verweigert hat? — Ich vermag mir dies nicht zu denken, ohne einen solchen Gesetzgeber wegen seiner Inconsequenz zu bemitleiden, wegen seiner absichtslosen Härte, wegen seiner Grausamkeit zu verachten.

Allein die römischen Gesetze verdienen diesen Vorwurf nicht. Sie sind bei jenen Verordnungen immer nur sich selbst und ihrer höchsten Maximen strenge, durch nichts zu mildernde Anwendung der Strafgesetze, getreu. Sehr gut sagt Justinian*) non tantum decentes leges ferre summo bono

*) Nov. 161.

bono est, sed etiam sancita accurate custodire, et ad *effectum deducere*, transgressoresque *competentibus* poenis subjicere. Quae enim legum erit utilitas, si in literis duntaxat consistant, non etiam per ipsa facta adque opera utilitatem de se praebeant? — Dieſe Juſtinianiſche Maxime wird durch andere Geſetze näher beſtimmt und erläutert, welche ausdrücklich ſagen, daß dem Richter nur die Unterſuchung der That und die Subſumtion derſelben unter das Strafgeſetz zuſtehn, die Beſtimmung der Strafe ſelbſt aber nicht ihm, ſondern dem Strafgeſetze zukomme. Giebt es unzweifelhaftere Geſetze, als folgende? *L.* 1. §. 2, 3 *et* 4. *D. ad Sctum Turp.* Calumniatoribus poena lege Remnia irrogatur. Sed non utique, qui non probat, quod intendit, calumniari videtur: nam ejus rei inquietis arbitrio cognoscentis committitur, qui reo absoluto, de accusatoris incipit consilio quaerere, qua mente ductus ad accusationem processit: et si quidem justum ejus errorem repererit, *absolvit eum;* si vero in evidenti calumnia eum deprehenderit, *legitimam poenam* ei irrogat. Blos die Exiſtenz der geſetzlichen Vorausſetzung, des Begriffs und der Merkmale des in dem Geſetz

benannten Verbrechens, begründen also die Anwendung der gesetzlichen Strafe: blos die Nichtexistenz der in dem Gesetze ausgedrückten Merkmale begründet die Nichtanwendung der gesetzlichen Strafe. Zwischen der Zuerkennung des gesetzlich bestimmten Strafübels und zwischen der völligen Lossprechung kennt dieses Gesetz kein Drittes. — Es fährt fort, indem es uns jenen Satz erläutert, und als nothwendig in der Natur der richterlichen Gewalt enthalten, beweist. „Quarum alterutrum ipsis verbis pronunciationis manifestatur. Nam si quidem ita pronunciaverit: *non probasti*, peperiit ei. Sic autem pronunciaverit: *calumniatus es*, contemnavit eum. *Et quamvis nihil de poena subjecerit, tamen legis potestas, adversus eum exercebitur.* Nam (ut Papinianus respondit) *facti quidem quaestio in arbitrio est judicandis: poenae vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur.*“ Bei Bestrafung eines Verbrechens kann es demnach, ausser der gesetzlichen Strafe, keine härtere und keine gelindere geben. Die gesetzliche Strafe ist so streng an das in dem Gesetze benannte Factum gebunden, daß der Richter in seiner Sentenz nicht einmal zu bestimmen braucht, mit welcher Strafe das Verbrechen geahndet werden soll. In

der

der Erklärung des Richters, daß die gesetzliche Voraussetzung vorhanden sey, ist zugleich die Erklärung der nothwendigen Zufügung der gesetzlichen Strafe enthalten; diese findet ipso jure statt, sobald nur das factum vorhanden und rechtlich erwiesen ist. Den Grund hievon giebt jene Verordnung ausdrücklich an: — nur das Gesetz bestimmt die Strafe, der Richter hat nur zu untersuchen, ob die gesetzliche Voraussetzung vorhanden und erwiesen sey. Es wird dieser Grundsatz in *L.* 15. *D. ad municip.* wiederholt und von neuem in seiner Anwendung gezeigt *). Nach eben dieser Rücksicht bestimmt Labeo den Unterschied zwischen mulcta und poena **). Ex hoc quoque earum rerum dissimilitudo apparere poterit: quia poenae certae singulorum peccatorum sunt: mulctae contra quia ejus judicis potestas est, quantam dicat (nisi, cum lege est constitutum, quantam dicat). Es bedürfen alle diese Gesetze keines Commentars: sie verweisen unbedingt und mit klaren Worten den Richter an die bloße Untersuchung des Factums, an die bloße Subsumtion der in con-

cre-

*) Man s. auch *L.* 13. §. 7. *D. de bis qui notantur infamia.*

**) *L.* 244. *D. de V. S.*

creto gegebenen That unter das Gesetz. Und daß keine Milderung oder Schärfung wegen der Gründe der Strafbarkeit in concreto innerhalb dieser gesetzlich vorgeschriebenen Grenzen der richterlichen Gewalt möglich sey, leuchtet wohl von selbst auf das klärste ein.

Die römischen Gesetze begnügen sich nicht blos diese Schranken der richterlichen Gewalt zu setzen: sie bedrohen auch diejenigen, welche sie überschreiten, mit Strafen. Der Richter, welcher die gesetzlichen Strafen mildert, wird nach dem römischen Rechte bald mit der Talion, bald mit der Infamie bedroht. Die erste droht *L. 3. C. ne sanctum baptisma* denjenigen, welche die Ketzer nicht mit der gesetzlichen Strafe belegen: nulli judici licet delatum ad se crimen, *minori* aut nulli coercitioni mandare, *nisi ipse pati velit*, quod aliis dissimulando concessit *). — Die *L. 8. §. 2. C. ad L. Jul. de vi publ.* bedroht die mildernden Richter mit der Infamie. Judicem vero posse oportet, quod gravi infamia sit no-

*) cf. *L. 65. C. Th. de haeret. L. 8. C. Th. de appellat. L. ult C. Th. ad L. Jul. de vi publ. L. 8. C. Th. ead.*

notandus, si violentiae crimen, apud se probatum distulerit, seu omiserit, vel impunitate donaverit, aut *molliorem, quam praestituimus*, poenam protulerit *). Es kann zu diesen Gesetzen noch *Nov.* 77. *c.* 1. §. 2. hinzugesetzt werden. Ipse praefectus, sagt hier Justinian, si invenerit quosdam tale aliquid delinquentes (blasphemos sc.) et vindictam in eos non intulerit *secundum nostras leges*, primum quidem obligatus erit Dei judicio, post haec autem, *et nostram indignationem* sustinebit **). — Bei dem ersten Anblicke könnte man glauben, diese Gesetze seyen insgesammt blos auf die Fälle beschränkt, von welchen sie ausdrücklich sprechen. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet auch, Gothofredus diese Verordnungen, besonders die *L. fin. C. ad L. Jul. de v. p.* und die *L.* 3. *C. ne san-*

*) cf. *Andr. Gail de pace publica L. II. C. 9. nr.* 25.

**) Bei der Convenienz gegen Deserteurs wurde der Richter ausser der Infamie auch noch mit der Confiscation bestraft *L. 1. C. de desertoribus.* — Aeltere Gegner der Milderung führen auch *L. 6. C. de paganis* an. Allein dieses spricht nicht von dem Falle, wenn der Richter mildert, sondern wenn er das Verbrechen ganz ungestraft läßt.

sanctum baptisma. Er behauptet, daß die Milderung der Strafe nur bei denjenigen Gesetzen, quae ad terrorem scriptae sunt" bestraft werde *). Daß die bestimmte Strafe der Talion sich nur auf die Milderung der Strafen gegen die Ketzer beziehe, ist mir allerdings sehr wahrscheinlich. Denn der Grund von der Androhung dieser Strafe liegt wohl darin, weil ein Richter, der einen Ketzer begünstigt, sich derselben ketzerischen Meinung verdächtig macht. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß blos bei jenem Verbrechen der Richter strafbar sey. — Was sind dies für Gesetze, welche um Furcht zu erwecken gegeben sind? Alle Strafgesetze sind zum Schrecken der Verbrecher geschrieben, bei allen müßte also, nach Gothofredus eigener Voraussetzung, die Bestrafung des mildernden Richters begründet seyn. Oder meint Gothofredus, daß nicht bei der Anwendung aller Gesetze der Richter, wegen einer Milderung aus nichtgesetzlichen Gründen, sich einer rechtswidrigen Handlung schuldig mache? — Es wurde gezeigt, daß ein solches Recht zu mildern, keineswegs in der richterlichen Gewalt enthalten

sey,

*) *In Com. ad L. 65. C. Th. de haereticis.*

sey, es wurde zugleich gezeigt, daß auch die römischen Gesetze ihm unbedingt diese Befugniß absprechen. Der Richter, der sich daher dieses Recht anmaßt, begeht in dreifacher Rücksicht eine Beleidigung an dem Staate 1) indem er sich die gesetzgebende Gewalt anmaßt; 2) indem er die Verbrechen begünstigt; 3) indem er seine besondern Amtsverbindlichkeiten verletzt, welche ihm strenge Anwendung der Strafgesetze zur Pflicht machen *).

Die

*) Im Vorbeigehen muß ich hier der *L. 13. §. 7. D. de his qui notantur infamia* erwähnen. Sie sagt: poena *gravior ultra legem* imposita, existimationem conservat: ut et constitutum est et responsum. Utique si eum, qui parte bonorum multari debuit, Praeses relegaverit: dicendum erit, duriori sententia cum eo transactum de existimatione ejus. Diese Stelle wird von Koch (*inst. jur. crim.* §. 167) von Westphal (Criminalrecht Anm. 28.) von Quistorp (Thl. 1. §. 100.) und Andern so verstanden, daß der Richter das Recht habe auf eine höhere als die gesetzliche Strafe zu erkennen, um den Verbrecher von der gesetzlichen Strafe zu befreien. Ist dies wahr, so kann man daraus, wenigstens ein Scheinargument für das Milderungs- und Schärfungsrecht des Richters ableiten. Allein Kleinschrod (syst. Entw. Thl. II. §. 129) zeigt vollkommen befriedigend, daß hier nur davon die Rede sey, wenn der Richter unbefugt auf eine höhere Strafe erkannt hat.

Die von mir angeführten Gesetze, sind wenigstens zum Theil unsern Criminalisten bekannt; einige derselben werden von ihnen sogar ausdrücklich unter die Zweifelsgründen gegen das Milderungs- und Schärfungsrecht des Richters aufgeführt. Aber warum entscheiden sie ihnen nichts? muß man neugierig fragen. Was für Argumente sind es, durch welche sie diese Gesetze, mit ihrer einmal angenommenen Meinung zu vereinigen meinen? „Kein Strafgesetz, sagen alle diese Criminalisten von Tyraquell und Carpzov an, bis auf den sich selbst nicht verstehenden Quistorp herab, kein Strafgesetz kann auf alle vorkommende Fälle, wegen der verschiedenen Grade der Strafbarkeit in concreto anwendbar seyn. Denn das Gesetz bestimmt nur die Strafe in abstracto. Es folgt also, daß der Richter, nach der Verschiedenheit, diese Grade der Strafbarkeit in concreto die gesetzliche Strafe zu modificiren vollkommen berechtigt sey und jene Gesetze

hat. In diesem Falle soll dem Verbrecher, gleichsam zur Entschädigung für die unverdiente Strafe, die Infamie, welche an sich mit einem öffentlichen Verbrechen verbunden ist, erlassen werden. Auch sagt ja *L. 63. D. de furtis* ganz bestimmt: non poterit Praeses provinciae efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia.

setze nur davon verstanden werden können, daß der Richter nicht das Recht habe, ohne Grund (sine iusta causa) die gesetzliche Strafe zu schärfen oder zu mildern." Ich will es nicht wiederholen, daß jenes ganze Argument, nach allgemeinen Principien betrachtet, vollkommen falsch und erschlichen ist. Ich frage nur diese Rechtslehrer, ob sie Justinian, oder ob sie unsre Gesetzgeber sind? Ich frage sie, wie sie berechtigt seyn können, einen Rechtssatz aufzustellen, der zwar aus ihren Theorien folgen mag, dem aber deutliche Gesetze gerade zu entgegen sind? Mögte es immerhin nach philosophischen Gründen wahr seyn, daß die Strafe den besondern Gründen der Strafbarkeit jederzeit angemessen seyn müsse und daß auch der Richter das Recht habe, nach diesen Gründen die Strafe, selbst gegen ein Strafgesetz, zu bestimmen. Wenn aber deutliche Gesetze sagen: in der Gewalt des Richters ist nichts, als die Untersuchung der That und die Subsumtion unter das Strafgesetz, enthalten, die Bestimmung der Strafe selbst kommt nicht dem Richter, sondern dem Gesetze zu: — wann diese Gesetze sagen, was helfen alle jene Argumentationen aus allgemeinen Principien? Daß diese Gesetze nur davon sprechen, wenn der Richter ohne gerechte Ursache von der gesetzlichen Strafe abweicht, läßt

sich wohl leicht sagen: — Aber wo ist der Beweis? Jene angeführten Gesetze sagen schlechthin und ohne alle Ausnahme, daß nur die Subsumtion des gegebenen Factums unter das Gesetz in der richterlichen Gewalt enthalten sey, und schon damit ist ganz deutlich gesagt, daß jede Ueberschreitung dieser Grenze eine gesetzwidrige Anmaßung sey. *) Doch! man weiß sogar Gesetze für diese restrictive Interpretation anzuführen. **) Sagt nicht *L. 3. C. ex quibus causis* von dem Proconsul: et si *severior sententia dici* debuit, tamen cum *Procousul certis rationibus motus mitiorem sententiam dixerit*, et ordine decurionum etc.? Was ist hieraus gewisser, als daß der Richter ex certis, iisque iustis rationibus die Strafe mildern dürfe. Aber man bedenke nur das einzige — von wem hier die Rede ist. Es ist erstens von den Decurionen die Rede, welche überall sowohl in bürgerlichen, als in Strafsachen von dem Staate auf eine außerordentliche Weise begünstiget waren und welche wahrscheinlich auch das Privilegium hatten,

nicht

*) *Gonzalez Tellez Com. ad Decr.* Tom. I. pag. 664. 5.

**) *Tiraquell de poenis temperàndis.* Praef. Nr. 16. 17.

nicht so streng wie andre Bürger den Strafgesetzen unterworfen zu seyn. Was bey ihnen verordnet ist, können wir daher auch nicht als eine allgemeine Regel aufnehmen. Es ist zweitens von dem Proconsul die Rede. Dieser war, seiner bürgerlichen Verwaltung nach, hauptsächlich nur der Richter in der Provinz; allein er war oberster Richter und repräsentirte zugleich Rom oder (in spätern Zeiten) den Kaiser. Die Gewalt, die diesem Proconsul zustand, kann daher nicht auf den bloßen Richter ausgedehnt werden, der nicht wie jener das Staatsoberhaupt selbst repräsentirt, sondern nur einen Theil der höchsten Gewalt, nämlich die richterliche, auszuüben hat. Auch der römische Senat hatte das Recht, die Strafen zu mildern und zu schärfen, *) und darum konnte er die Mitverschwornen des Catilina, statt zu exiliren, mit dem Tod bestrafen. Allein der römische Senat war nicht blos Richter, sondern auch Regent und wenigstens Theil der gesetzgebenden Macht. Und in dieser Eigenschaft war ihm wohl erlaubt, was ihm in

*) *F. Plinius* ep. L. II, 11. u. L. IV. 9, obgleich wie Plinius bemerkt, selbst dies von manchen bezweifelt wurde: aliis cognitionem Senatus lege conclusam, aliis liberam salutemque dicentibus.

in jener zu thun unmöglich war. Daß zu den Zeiten der christlichen Kaiser vorzüglich die Todesstrafe manchmal gemildert, oder vielmehr in eine andere Strafe verwandelt wurde, läßt sich allerdings vermuthen, besonders wenn fromme Bischöffe von Einfluß es der Ehre und dem Interesse der Kirche gemäß glaubten, daß kein Blut vergossen würde. *) Oft sucht daher Augustin die Statthalter in Afrika von der Exekution der Todesstrafen gegen die Donatisten und Circumcellionen abzuhalten und zu bewegen, auf die Gefängnißstrafe zu erkennen. Allein hieraus läßt sich gegen uns auch nicht das geringste folgern. Augustin sagt zwar in einem Brief

*) Wie sich denn überhaupt damals Bischöffe und Mönche das Recht anmaßten, Missethäter gegen die Gesetze des Staats in Schutz zu nehmen. Fruchtete gütliche Verwendung nichts, so entrissen sie oft mit Gewalt den Uebelthäter der Gerechtigkeit. Als Theodosius das Verbrechen der beleidigten Majestät und des Aufruhrs an den Antiochiern strafen wollte, kamen die Mönche schaarenweis aus ihren Einöden, um die Verbrecher zu befreyen. Theodosius D. G. und nach ihm Arhadius gaben daher gegen diesen Unfug, strenge Gesetze. Sie verstatteten aber den Geistlichen, Vorbitte zu thun, und im Namen der Verbrecher an den Kaiser zu appelliren. conf. *L. 15. et 16. C. Th. de poenis.*

Brief an Marzellinus *) Soleo audire, in *potestate* esse *iudicis*, mollire sententiam et mictius vindicare, quam iubeant leges. Und dies ist allerdings von eigentlichen Richtern zu verstehen. Denn Augustin sucht vorher den Marcellinus zu bestimmen, daß er in seinen Edikten gegen die Donatisten nicht die Todesstrafe festsetze. Wenn er sich denn aber, fährt der Kirchenvater fort, dennoch hiezu nicht bewegen lasse, so mögte er wenigstens die Richter auf seine Briefe verweisen, welche die Gründe zur Milderung dieser Strafe enthielten und welche sie auch, vermöge ihres Milderungsrechts, befolgen dürften. Allein jenes Zeugniß eines Kirchenvaters, der in der Rechtswissenschaft doch nur ein Fremdling war **), der selbst gesteht, daß er jene Gewalt des Richters nur aus dem

*) Epist. 157. (in *Operibus omn.* ex ed. Colon. Agr. 1616. Tom. II. pag. 244.)

**) Daß Augustin die Rechtswissenschaft in seiner Jugend studirt hat, daß er, wie er (in Confessionibus L. II. c. 3.) von sich sagt, den Verhandlungen bei Gericht fleißig beiwohnte und in der Rhetorik so weit gekommen war, ut gauderet superbe et tumeret typho, wie er als armer Sünder bekennt. — Dies wird man doch wohl gegen diese Behauptung nicht anführen wollen?

dem Hörensagen kenne und von dem man nichts weiß, ob er nicht jenes Soleo audire etc. blos um seine Bitte zu unterstützen, erfunden habe — ein solches Zeugniß kann wohl nicht gegen unzweifelhafte Gesetze angeführt werden. *) Und wenn es denn ja, auf solche Citate ankommen soll, so kann man dem heil. Augustin eine andere Autorität, wenigstens von gleichem Werth entgegensetzen, nämlich die Autorität des Symmachus, nicht jenes Bibelübersetzers in dem zweiten Jahrhundert **), sondern des heidnischen römischen Sena-

tors

*) Schon vor Augustin behauptet wenigstens der heil. Isidorus von Pelusium, ein Mönch zu Zeiten Theodosius des j. der Richter müsse nur nach den besondern Umständen der That, die Strafe bestimmen. Tum denique recta iustitiae regula servatur (virtutis illius, quae a praefecto requiritur verissimum examen) cum accusationem disceptatio sequitur, disceptationem probatio, probationem sententia, pro *criminis qualitate* supplicium constituens. Der Uebersetzer *Prunaeus* hätte bei dem griechischen ἁμαρτήμα (peccatum) und man hätte dann schon in dem Worte den Gesichtspunkt gehabt, aus welchem der Mönch (der freilich an nichts anders, als an Sünde denken konnte) die Verbrechen betrachtet habe. Cf. St. *Isidori Pelusiotae* epistolae (edit. Morellii. Paris 1638. f.) L. III. ep. 365. p. 399.

**) c. f. *Harles introd. in hist. ling. graec.* Tom. II. P. II. p. 43.

tors unter Theodos dem Großen, welcher, wie ich schon oben angeführt habe, zwar dem Staats-oberhaupt das Recht ertheilte, gelinder, als die Gesetze zu seyn, aber dem Richter das Befugniß abspricht und zwar, wie der Zusammenhang ergiebt, nicht als Philosoph, sondern als Referent der geltenden Rechtsgrundsätze. Alia est conditio *magistratuum*, sagt er *), quorum *corruptae* videntur esse sententiae, *si sint legibus mitiores*; alia dominorum *principum* potestas, quas decet acrimoniam severi juris inflectere.

Wirft man auch nur einen Blick auf die römische Gerichtsverfassung; so muß es sogleich in die Augen springen, daß eine solche Befugniß des Richters schlechterdings allen Einrichtungen Roms bey dem gerichtlichen Verfahren widerspreche. — Wurde über ein Verbrechen von dem Volke selbst in den Comitien entschieden, so übernahm eine Magistratsperson die Anklage, indem sie das Verbrechen benannte, dessen sie der Bürger beschuldigte und zugleich die Strafe bestimmte (anquisitio), auf welche das Volk erkennen sollte. Wenn die Anklage

*) *Epist. lib. alt. ep. alt.*

klage dreimal zu verschiedenen Zeiten wiederholt war, so entschied das Volk an einem dazu bestimmten Tage, indem es den Angeschuldigten entweder lossprach, oder zu der in der Anklageformel enthaltenen Strafe verdammte, oder das non liquet über ihn aussprach. Mildern oder schärfen konnte das Volk nicht. Es erhielt nur drei Täfelchen, von denen das eine mit A. (absolvo), das andere mit C. (condemno), das dritte mit N. (non liquet) bezeichnet war. Hierauf allein war der Richter in den Comitien beschränkt; das Urtheil aufzuschieben, war der einzige Mittelweg zwischen Lossprechung und Verdammung. In den frühern Zeiten der Republik, wo die Strafen noch insgesamt willkührlich waren, geschah es zwar öfters, daß die Ankläger die vorher festgesetzte Strafe wieder veränderten und entweder auf eine härtere oder auf eine gelindere antrugen. Dies geschah in dem Proceß gegen den T. Menenius. Die Tribunen hatten anfangs auf eine Capitalstrafe angetragen; allein wegen der steten Verwendung der Senatoren veränderten sie die Anklage und schlugen eine bloße Geldstrafe vor *). Manchmal verlangte sogar das Volk

*) *Liv. II*, 52. Cum et patres haut minus, quam pro Coriolano annisi essent, in multa temperarunt

Volk selbst, daß die Ankläger auf eine andere Strafe antragen sollten, wie bei der Anklage des Cn. Fulvius, wegen der Niederlage seiner Armee in Apulien. Die Tribunen hatten ihn auf eine Geldstrafe angeklagt; als aber mehrere Zeugen aussagten, daß Fulvius zuerst geflohen sey und das Heer feigherzig verlassen habe, so schrie das Volk im Zorn, daß auf eine Kapitalstrafe angetragen werden müsse *). Wer wird aber aus diesen Beispielen ein Argument für das Milderungs- oder Schärfungsrecht herleiten wollen? — Das Volk kann nur in so fern als Richter betrachtet werden, in wie fern es in den Comitien versammlet ist, um über den Fall selbst durch gesetzliches Abstimmen zu erkennen und zu entscheiden. Hat es in so fern nicht das Recht, von der ihm vorgeschriebenen Strafe abzuweichen; so hat es überhaupt nicht als Richter dieses Recht. — Betrachten wir die Criminalgerichte von den Prätoren oder Inquisitoren, so bemerken wir dieselbe Einschränkung

runt tribuni, cum capitis anquisissent: duo millia aeris damnato multam dixerunt: ea in caput vertit.

*) Liv. XXVI, 3.

kung der Richter. Der Ankläger brachte in einer bestimmten Formel, die Anklage an. Diese bestand aus einer kurzen Anzeige des Factums und der damit verbundenen gesetzlichen Strafe, wenn das Verbrechen unter einem bestimmten Gesetze stand: z. B. dico, te in Praetura Siculos spoliasse contra legem Corneliam, atque eo nomine Sestertium millies a te repeto *) Hierauf wurde erst das Faktum auseinandergesetzt, wurden die Beweise geführt, wurde der Beklagte vertheidigt. War dies Verfahren geendigt, so entschieden nun die Richter, und zwar auf dieselbe Art, wie das Volk in den Comitien, nämlich durch die drei Täfelchen, von welchen das eine die Lossprechung, das andere die Verdammung, das dritte die Erklärung bezeichnete, daß das Faktum nicht erwiesen sey. Also war auch hier an keine Milderung zu denken. Die Strafe wurde für jeden gegebenen Fall bestimmt, ehe noch das Faktum selbst auseinandergesetzt war, ehe also die speciellen Eigenschaften des Verbrechens beurtheilt werden konnten, nach welchen doch die Größe der Strafe, wenn diese nach dem Grad der Strafbarkeit in concreto

bes

*) *Cicero in divin. c. 5.*

bestimmt werden sollte, abgemessen werden mußte. Die Strafe, auf welche der Ankläger antrug, konnte also keine andere, als die gesetzliche seyn und der Richter konnte auf keine andere, als auf diese erkennen, weil ihnen nur hiezu ein Medium der Erklärung gegeben war. Daher suchten denn auch die Vertheidiger des Verbrechers immer nur die Nichtexistenz des Faktums zu beweisen. Mir ist keine Rede von Cicero bekannt, in welcher er, wenn er zu eigentlichen Richtern sprach, nur auf Milderung der gesetzlichen Strafe angetragen hätte. Lossprechung ist immer seine einzige Absicht und eben dieses war auch der einzige Zweck, um dessentwillen die Verwandten und Freunde des Angeklagten ihre Kleider veränderten und durch Vorbitten den Richter zu bestechen suchten. Der Richter hatte die Macht, von der Strafe des Gesetzes loszusprechen, aber es zu mildern, dazu hatte er weder Recht noch Macht. — Daß in spätern Zeiten auch der praefectus urbi Criminalunterschung hatte, ist bekannt; eben so bekannt, daß er bald härter, bald gelinder strafen konnte, so wie er es den Umständen für angemessen hielt. Aber war er ordentlicher Richter? Vor sein forum gehörten nur die außerordentlichen Untersuchungen, nur diejenigen Verbrechen, welche mit keinem bestimmten

Straf-

Strafgesetz bedroht waren *) Nachdem die Kaiser in Tyrannen ausgeartet waren, wurde freilich die Gewalt dieser Policeiobrigkeit, welche nach Augusts Einrichtung blos außerordentlich strafen, vorzüglich aber nur die Verbrechen der Sklaven und anderer geringerer Personen untersuchen sollte **), weit über ihre ursprüngliche Grenzen ausgedehnt. Diese Präfecten hatten zu den Zeiten Ulpians alle Verbrechen an sich gezogen ***) und — ein Werkzeug der willkührlichen Regierung — milderten und schärften sie auch die bestimmten Strafgesetze, deren Anwendung sie usurpirt hatten ****). Aber beweißt dieses nur das geringste mehr, als daß damals, zu Gunsten der Tyrannen die ordentlichen Verbrechen wie außerordentliche behandelt wurden?

Ich

*) cf. *Ligonius de iudiciis.* II, 4. pag. 540.

**) cf. *Lipsii Com. in Tac.* p. 214. nr. 107. — *Bach histor. jur.* L. III. c. I. §. 17.

***) *L. I. D. de officio praefecti urbi.* Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit.

****) cf. *Madihn Diss. 2da vicissitudines cognitionum criminalium apud Romanos.* §. 6.

Ich muß bei dieser Sache (und sie ist zu wichtig, als daß man nur etwas übergehen dürfte) noch auf einem nicht unbedeutenden Punkt Rücksicht nehmen. — Die römischen Juristen, denen wir doch fast alle Rechte zu verdanken haben, waren, wie bekannt, nicht blos Juristen, sondern auch Philosophen, oder hatten doch wenigstens Philosophie. Die Lieblingssecte, welchen fast alle folgten, war die Secte des Zeno — eine Behauptung, welche man zwar bezweifelt *), wovon man aber noch nicht das Gegentheil bewiesen hat **). Keine Secte war in Rom so begünstigt, wie diese; keine war so nützlich und so nothwendig für den Rechtsgelehrten, keine hieng so innig mit seinem Beruf und mit seiner Wissenschaft zusammen,

*) *Paganinus Gaudentius, de Philosophia apud Romanos* cap. 43.

**) Gegen Gaudentius streiten für unsre Behauptung *I. H. Boehmer de Stoica ICtorum Philosophia* in *Exercitt. ad Pand. Tom. 1. p. 3. sqq.* — *Everhard Otto* orat. *de Stoica veterum ICtorum philosophia* in *Diss. jur. publ. et privati Part. I.* und in *Slevogt de sectis et Philosophia ICtorum Opuscula* (Jen. 1724.) Nro. IV. *Eckardt Herm. jur. Lib. I. cap. 4.* nebst mehrern andern, wie Hering, Slevogt, welche ebenfalls in *Slevogt* Opusc. zusammengedruckt sind.

men, wie diese. Die Peripathetische Philosophie war mehr speculativ, als praktisch; die platonische beschäftigte mehr durch hyperphysische Ideen die Phantasie, statt durch helle und feste Begriffe die Vernunft zu befriedigen; Epicur war kein Philosoph für den Geschäftsmann, seine Grundsätze bildeten den ruhigen, sich selbst genügenden Weisen *); die Akademie lehrte die Kunst für alles und wider alles mit Geist zu reden und war keine Philosophie für den Rechtsgelehrten, sondern für den Orator **). Dagegen war die stoische Philosophie durchaus praktisch; ihr Verdienst waren strenge und festbestimmte Begriffe über das Recht und die Verbindlichkeiten des Menschen und sie arbeitete dadurch unmittelbar den Rechtsgelehrten in die Hände; ein anderes, ebenfalls sehr großes Verdienst, das sie den Rechtsgelehrten unentbehrlich machte, bezieht sich auf die Logik oder Dialektik, welche sie besonders ausgebildet hatte und welches ihren Pfle-

*) Sehr witzig spottet aus dieser Rücksicht Cicero über den Trebelius, der zu der epicurischen Sekte übergegangen war; indem er darthut, wie wenig sich der Epicurismus mit der Jurisprudenz vertrage. *Epist. fam. Lib. 7. ep. 12.*

**) *Cicero de fin. bonor.* Lib. V. cap. 3.

Pflegern vorzugsweise den Namen Dialektiker erwarb. Wenn man nun annimt, wie man es denn wirklich anzunehmen genöthigt ist, daß wo nicht alle, doch gewiß die allermeisten und angesehnsten römischen Juristen Stoiker waren, wie läßt sich von ihnen, die Begünstigung eines Milderungsrechts ohne einen gesetzlich bestimmten Grund, eine Abweichung von den strengen durch die Gesetze selbst festgesetzten Grundsätzen des Rechts erwarten? Die stoische Philosophie war eine strenge — einige sagen rauhe Philosophie. Strenge Tugend, unverbrüchliche, durch nichts bestechliche Gerechtigkeit, die immer auf dem geraden Wege fortgeht, die sich nach keinen Neigungen umsieht und keine Ausflüchte duldet, die selbst nicht der Menschlichkeit schont und von der Gerechtigkeit keine Ausnahme kennt; — Dies war die Summe und der Hauptsatz dieser ganzen Philosophie, dies waren die Lehren, die sie ihre Jünger lehrte, dies die Maximen, die sie von dem Menschen foderte. Und mit dieser Philosophie sollte sich die Maxime vertragen, von den strengen Gebothen der Gesetze, der Strafgesetze abzuweichen; sie nach der Convenienz zu drehen und nach Umständen bald zu befolgen, bald zu verlassen? Es komt mir ein ausdrücklicher Lehrsatz der stoischen Sekte in mei-

ner

ner Behauptung zu Hülfe. Es ist dieses der Satz ὅτι ἰσα τα ἁμαρτηματα, eine Behauptung, welche Cicero für werth hielt, näher zu bestimmen und zu erläutern. *) Dem äußern der Handlung und den Folgen nach, sind zwar allerdings die Uebertretungen, auch nach der Meinung der Stoicker verschieden, aber jede Uebertretung muß nach dem Willen des Uebertreters beurtheilt werden und in dieser Rücksicht sind alle einander gleich. Non peccata rerum eventu, sed vitiis hominum metienda sunt, sagt Cicero bei diesem Paradoxon. In *quo* peccatur, id potest aliud alio majis esse, aut minus: ipsum quidem *illud peccare*, quoquo te verteris unum est. **) Man frage mich nicht nach einem Rechtfertigungsgrund, warum ich diesen Lehrsatz, der doch eigentlich nur für die Moral gehöre, und auf die Verletzung der Pflich-

ten

*) in Paradox. V.

**) Daß dies Paradoxon von den Rechtsgelehrten angenommen worden, behaupten mehrere und mit Recht; aber sie irren sehr, wenn sie die *L. 21. pr. D. de furtis* daraus ableiten, wie *Hering de Stoica veterum Romanorum philosophia.* Obs. XXIII. in *Slevogt Opusc.* p. 422. u. *Eckhard* in *Herm. jur.* §. 143. Es beruht diese Meinung offenbar auf einer irrigen Interpretation jener Stelle, wie *Walch ad Eckhard* §. cit. p. 253. f. zeigt.

ten der Gerechtigkeit blos in so ferne sie innere Pflichten sind, sich beziehe, hier eine solche Bedeutung und einen solchen Einfluß gebe? Aller Zweifel verschwindet, wenn man bedenkt, daß man zu der Zeit, von welcher hier geredet wird, noch keinen Unterschied zwischen einem äußern und einem innern Forum (in dem Sinne des Naturrechts) kannte, daß man zwar Pflichten der Güte und Pflichten der Gerechtigkeit unterschied, aber doch beide als innere, auf den Willen unmittelbar sich beziehende Pflichten, behandelte; daß also der Stoiker und der Jurist, der ihm folgte, gar wohl auch die Verbrechen auf die Absicht beziehen, und sie als moralische Uebertretungen betrachten konnte, ja, weil ihm keine andern Principien der Beurtheilung durch die Philosophie gegeben waren, betrachten mußte. Wie konnte nun der stoische Rechtsgelehrte, den schon der Geist und der Hauptsatz seiner Philosophie, eine strenge nnd unwandelbare Gerechtigkeit zur Pflicht machte, wie konnte dieser, vermöge jenes Dogmas seiner Schule, die Gleichheit, welche das Gesetz eingeführt hatte, zerstören, und ein und dasselbe Verbrechen, in eine unendliche, unübersehbare Mannigfaltigkeit verschiedener specieller Uebertretungen zertheilen, um aus dem speciellen Grad der Zurechnungsfähigkeit die Art

zu bestimmen? Für ihn gab es keine Grade der Zurechnung; bezogen auf den Willen gab es nur Eine Art der Zurechnung, gab es nur Ein Verbrechen und Eine Strafbarkeit.

Noch eine Einwenduug bleibt mir zu beantworten übrig, welche ich wegen ihrer Unwichtigkeit übergehen würde, wenn nicht Manche in der Unwichtigkeit eine Wichtigkeit suchten. Es ist nemlich bekannt, daß die römischen Rechtsgelehrten seit Tiberius in zwei Partheien zerfielen, von welchen die eine den *Attegus Capito*, die andere dem *Antistius Labeo* zu ihrem Stifter hatte. *) Labeo und seine Anhänger, sollen als Vertheidiger des strengen Rechts, die arithmetische Proportion beobachtet und alles nach den strengen Regeln der Gesetze beurtheilt haben; Capito war, wie man sagt, der Freund der Billigkeit, beobachtete die geometrische Proportion und bestimmte das Recht nach den besondern Umständen, wohlüberzeugt, daß das größte Recht oft das größte Unrecht sey. Während daher die Proculejaner nur nach dem Gesetz die Strafe ers

*) *L. 2. §. 47. D. de orig. jur.*

erkannt wissen wollten, sollen die Sabinianer, wie man sagt, aus den besondern Umständen der That, die Größe der Strafbarkeit erwogen und also eine Milderung der Strafe aus Gründen der Strafbarkeit in concreto anerkannt haben. Da nun, kann man weiter schließen, von beiden Partheien Fragmente in das Corpus aufgenommen worden sind, so läßt sich mit Recht erwarten, ja als gewiß annehmen, daß die Milderung der Strafe aus Gründen der Strafbarkeit in concreto dem römischen Rechte nicht so fremd seyn könne, als ich erwiesen zu haben glaube. Wenn man weiß, wie sehr die ganze Streitigkeit dieser Partheien im Dunkeln liegt, daß man hierüber nichts als muthmaßen und rathen kann; so muß man allerdings auf den Beweis einer so speciellen Behauptung begierig seyn. Einige führen als Beweis blos die *L.* 16. *D. de poenis* und das berüchtigte causa, persona, loco, tempore etc. an. *) Allein daß dieses Gesetz nichts erweise, glaube ich dargethan zu haben, und so ist dieses ganze Argument zernichtet. *Hommel* **)

wählt

*) wie *Walch ad Eckhard. Herm. jur.* §. 157. p. 294.

**) in Diss. *de principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem, ejusque sectatores, Lips. 1750.*

wählt eine andere Methode, um den Sabinianern diese Behauptung aufzubürden. Er nimt, wie gewöhnlich an, daß sie die Billigkeit zum Maasstab ihrer rechtlichen Beurtheilungen nahmen, bestimmt dann nach seiner eignen Theorie den Begriff von Billigkeit und leitet daraus nach diesem Begriffe völlig consequent, die einzelnen Grundsätze der Sabinianer her. Capito muß daher behauptet haben: 1) personas et causas nos intueri oportere, 2) omnia a locis, modis, temporibus, et a circumstantiis pendere 3) proportionem geometricam conservandam esse etc. *) Aber was berechtigte denn Hommeln, dem armen Capito seinen Begriff von Billigkeit beizulegen, ohne einen historischen Beweis ein historisches Datum festzusetzen? Und wenn denn auch Capito jenen Hommelschen Begriff von Billigkeit hatte, so ist es ja noch die Frage: ob er eben dies daraus folgerte, was Hommel folgern zu müssen glaubte? Aber es ist auch höchst wahrscheinlich, daß Capito der Freund einer solchen Billigkeit nicht war. Labeo war ein strenger Vertheidiger der Formularjurisprudenz, Capito nicht; Labeo wollte keine extensive oder restrictive Erklärung der

Ge-

*) l. c. p. 23.

Gesetze, sondern verlangte strengen Gehorsam gegen dessen Worte, Capito ließ auch eine extensive und restrictive Erklärung zu, wenn die Absicht des Gesetzes dies verlangte; Labeo blieb bei der strikten Erklärung der Contracte, Capito billigte das uti inter bonos viros agier oportet. *) Dies waren wohl die Hauptpunkte dieser Streitigkeiten, und sie waren folgenreich genug, um lange und heftige Uneinigkeit zwischen den Partheien zu erhalten. Wie konnte es aber einem Rechtsgelehrten einfallen, alles, sowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen, aus den besondern Umständen, nach dem Gutdünken, welches keine allgemeine Regeln anerkennt, zu beurtheilen und dadurch, wie Hommel selbst eingesteht, alle Vorschriften, alle Gesetze, alle Rechtswissenschaft aufzuheben? Eine solche Parthei konnte nicht bestehen, eine solche konnte, wenn sie nur einigermaßen consequent seyn wollte, nichts über die Rechtswissenschaft schreiben. Denn

Hom=

*) Weiter dehnt auch *Eckhard Herm. jur.* §. 157. die Streitpunkte dieser Partheien nicht aus. Proculejani, sagt er, verborum subtilitati stricte inhaerent, Sabiniani contra benigniorem humanitatis sensum contra jus summum sequuntur. Sabiniani naturalem rationem, Proculejani vero opinionem magis, quam substantiam intuebantur. etc.

Hommel hat ganz recht, wenn er sagt: aequitas facta potius et res singulares contemplatur, quam universales, indefinita illa erit, nec ulla reperietur in aequitatis defensore certa scientia, sed opinatio mera. Und doch haben so viele dieser Parthei über die Theorie des Rechts geschrieben! Noch ein anderes Argument liegt darinn, daß sowohl Sabinianer als Proculejaner zu der stoischen Secte gehörten. *) Und wie mochte wohl diese Philosophie sich mit einer so wahnsinnigen, alle Gerechtigkeit zernichtenden Billigkeit vertragen? — Doch genug von diesem Einwand, und vielleicht nur zu viel.

Was ich von dem römischen Rechte erwiesen habe, dies läßt sich eben so leicht, aber noch kürzer von dem canonischen Recht und von unsrer Carolina darthun.

Beim

*) Das Gegentheil behauptet *Edm. Merillius in obs. Lib. I. cap.* 27. und ihm betet *a Boeckelen tract. de diversis familiis veterum ICtorum. Cap. VII. in Slevogt Opusc. Nr. I. pag.* 74. nach. Die oben aufgestellte Behauptung ist gründlich erwiesen von *Gothofr. Mascov.* in seiner bekannten Schrift: *de Sectis Sabinianorum et Proculianorum diatr. Cap. VI.* Auch sehe man *Eckhard* l. c. §. 158.

Beim ersten Anblick scheint es unbegreiflich, wie das canonische Recht die Bestimmung der Strafe, nach den besondern Gründen der Strafbarkeit, verwerfen könne. Es scheint aus seinem ganzen Geist und aus der nothwendigen Absicht seiner Strafgesetze jene Befugnis des Richters unmittelbar hervorgehen zu müssen. Was ist die römische Kirche, nach ihrer Meinung, anders, als die Stellvertreterin Gottes auf der Erde? Ihr Oberhaupt ist der Pabst und was Gott im Himmel ist, das ist Gottes Stadthalter schon hier. Sein Reich ist daher nicht ein weltliches, sondern ein moralisches Reich, seine Gesetze sind nicht bürgerliche, sondern göttliche Gesetze, seine Strafen sollen nicht abschrecken, sondern vergelten, und seine Gerichte sind nur Werkzeuge der Gottheit, welche nicht über den Verbrecher, sondern über den Sünder richten und ihn nach der Größe seiner moralischen Uebertretung bestrafen. Kann hieraus etwas anders folgen, als daß jederzeit die besondern Eigenschaften einer That, die Größe dieser moralischen Strafe bestimmen müssen? Allein ein anderer, sehr wesentlicher und von dem ungeistlichen Interesse des geistlichen Regenten sehr begünstigter Gesichtspunkt, macht uns diese Folgerung unmöglich. Eben weil jene Gesetze

göttl

göttliche Gesetze sind, weil Gott durch Petrus und Petrus durch den Pabst redet, weil göttliche Aussprüche heilig und unabänderlich sind und kein Mensch es wagen darf, sie zu deuteln und einzuschränken: eben darum müssen alle und jede bestimmte Strafgesetze mit der größten Pünktlichkeit angewendet werden, aber darum kann dem Richter weiter nichts, als die Ehre dieser Anwendung übrig bleiben. Sic omnes Apostolicae sedis sanctiones accipiendae sunt, *tanquam ipsius divini Petri voce firmatae sint.* — Enimvero quia in speculum et exemplum sancta romana ecclesia, cui vos Christus praeese voluit, proposita est, *ab omnibus, quidquid statuit, quidquid ordinat, perpetuo et irrefragabiliter observandum est.* *) Deswegen erklärt sich das canonische Recht schon gegen die Milderung und Verwandlung der Leibesstrafen in Geldstrafen, wobei freilich auch die Einschränkung der geistlichen Habsucht die Nebenabsicht ist. **) Deswegen erklärt auch das canonische

Recht

*) *c. 2. 3. 4. et 5. D. dist. 19.*

** *c. 3. X. de poenis C. 4. D. quaest. 6.* Cognovimus, quod si quis ex familia culpam fecerit, non in ipsum, sed in ejus substantiam vindicatur. De qua re praecipimus, ut quisquis culpam fecerit

Recht ausdrücklich und allgemein, daß bestimmte Strafgesetze schlechthin angewendet werden, und die besondern zufälligen Umstände des Verbrechens nichts von der Strenge der Gesetze mildern sollen. Zu diesen Stellen kann schon *c.* 8. X. *de officio judicis ordinarii* gezählt werden. Ad reprimendam malitiam perversorum *poenae certae* sunt in canonibus constitutae, quas sicut latas a vobis interdum in subditos vultis *inviolabiles* observari ita latas ab aliis debetis inviolabiles observare. *) Ganz deutlich und ohne alle Zweideutigkeit erklärte sich aber Alexander III, (der deswegen eher den Namen eines philosophischen Gesetzgebers, als Saturnin wegen der *L.* 16. *de poenis* den Titel eines philosophischen Juristen verdient) gegen die Milderung und Schärfung bestimmter Strafen. „Illis etiam," sagt er *c.* 4. X. *de officio et potestate judicis delegati* **), „qui

„pro

rit, in ipsum quidem, *ut dignum est* (i. e. wie er es nach den Gesetzen verdient hat) *vindicetur*.

*) *C.* 3. *D. dist.* 4. In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas instituunt; tamen cum fuerint constitutae et firmatae, non licebit judici *de ipsis judicare, sed secundum ipsas.*

**) Als Bestätigung dieses Gesetzes dient c. 21. X. *de accusationibus.*

„pro causis tibi commissis, ad citationem tuam „venire, aut tuo super his judicio parere negle„xerunt, *si tale fuerit negotium, quod certa „exinde poena canonibus exprimatur, eam infligas, alioquin ipsos pro delicti qualitate „et causae secundum tuum arbitrium punias.“ Alexander unterscheidet hier zwei Fälle, nemlich 1) wenn das Verbrechen, welches in Untersuchung gekommen ist, mit einer bestimmten Strafe (certa poena) von den Gesetzen belegt ist, und 2) wenn es diese Gesetze nur mit einer unbestimmten Strafe bedrohen. In jenem Falle soll der Richter auf die in den Gesetzen bestimmte Strafe sprechen, in diesem aber soll er nach Gründen der Strafbarkeit in concreto, nach der Beschaffenheit des Verbrechens und der vorliegenden Umstände die Art nnd Größe der Strafe bestimmen. Ich halte es für unnöthig, mich weiter über die Erklärung dieser Stelle zu verbreiten, theils weil es keiner Interpretation bedarf, theils weil schon Gonzalez Tellez *), ausführlich und gründlich darüber com-

*) *Commentaria in Decr. Tom. I. pag. 663. sqq.* — Gonzalez führt unter den Gründen gegen das Milderungsrecht sehr gut auch den an. Lex nullo affectu movetur, non irascitur, non odit, nulla ambi-

sommentirt hat. — Daß es einige diesem schein-
bar widersprechende Stellen giebt, läßt sich erwar-
ten. Aber es giebt auch keine einzige, die etwas
mehr, als blos scheinbar widersprechend wäre.
Gar keiner Erwähnung verdienen diejenigen, welche
aus dem römischen Recht herüber genommen sind,
wie z. B. *c.* 19. *dist.* 1, *de poenitentia*, welche
die *L.* 16. *D. de poenis* ist. Dagegen verdient
besonders *c.* 6. *X. de homicidio* einiger Erwäh-
nung. Hier sagt eben dieser Alexander: Sane
cum vis discretus existas, plenius nosti, quod in
excessibus singulorum, non solum quantitas et
qualitas delicti, sed aetas, scientia, sexus atque
conditio delinquentis sunt attendenda: et non
solum secundum praedicta, sed secundum locum
et tempus, quo delictum committitur unicuique
poenitentia debet indici, cum idem excessus
magis sit in uno, quam in alio puniendus.
Wenn man diese Stelle nur mit einiger Aufmerk-
samkeit ansieht, besonders aber wenn man die ganze
Veranlassung dieser Stelle weiß, die nur der kleinste

Theil

ambitione ducitur: diligit omnes, pariterque om-
nibus indulget. Quae omnia contraria reperiun-
tur in judice: quare recte in praesenti deciditur,
judicem delegatum non posse poenis a jure sta-
bilitas immutare.

Theil einer von Böhmer vollständig wieder hergestellten Bulle an den Erzbischoff Bartholomäus, ist; so muß man gleich einsehen, wie so ganz und gar nichts sie beweißt. Viele Theilnehmer an der Ermordung des englischen Erzbischoffs Thomas, waren von dem Pabst excommunicirt worden und hatten sich an Bartholomäus gewandt, um den Pabst zu der Befreiung von dem Bannfluche zu bewegen. Er schrieb daher dem heiligen Vater, bat für die Theilnehmer und fragte bei ihm an: welche Pönitenz er ihnen auflegen sollte? Alexander antwortete ihm in jenem Briefe, daß dies durch die besondern Umstände bestimmt werden müsse und giebt zugleich besondere Regeln an, nach welchen Bartholomäus den Grad der Strafbarkeit dieser Theilnehmer, nach Verschiedenheit ihre Concurrenz beurtheilen könne. *) Es ist also in jener Stelle nicht von einer gesetzlichen bürgerlichen, sondern von Auflegung einer willkührlichen, kirchlichen Strafe, nemlich der Pönitenz, die Rede. **) *c. 1. dist. 5. de poenitentia,*

*) cf *Westphal* de consortibus et adjutoribus criminum eorumque poena (Halae 1760) §. XXVIII,

**) Man sehe die *Canones poenitentiales* per totum.

tentia, consideret qualitatem criminis in loco, in tempore etc. spricht von gar keiner Strafe, sondern von der eignen Buße des Sünders. Noch könnten *c.* 2. *X. de probationibus*, *c.* 7. *X. de celebratione missarum* und einige andere Stellen einen Anstoß geben. Sie können aber sehr leicht, nach den Rücksichten, welche ich bei Beurtheilung der Gesetzstellen des römischen Rechts genommen habe, beseitiget werden.

Außer dem römischen und canonischen Recht, soll auch insbesondere die Carolina das Milderungs- und Schärfungsrecht des Richters, nach der Meinung der Criminalisten begründen. Meister *) und andere citiren besonders die art. 104. 159, 160, 164 und 175. Aber welche Citate! Wie folgt denn, daß der Richter bei jedem bestimmten Strafgesetz, nach den besondern Umständen des Verbrechens, die Strafe abzumessen das Recht habe, weil — ein Gesetz, wie der art. 160. zwischen dem Diebstahl durch Einbrechen, durch Einsteigen und mit Waffen unterscheidet und verordnet, daß wann nicht alle gesetzlichen Bedingungen zu diesen qualificirten Diebstählen vorhanden seyen, eine

*) *principia juris criminalis*, ed. 3tia §. 109.

eine willkührliche Strafe statt finden solle, oder weil ein Gesetz, wie der art. 161. sagt, daß der große Diebstahl nach dem Rath der Rechtsverständigen, mit Rücksicht auf den Stand des Diebes und die Beschädigung des Bestohlnen d. h. willkührlich bestraft werden solle? Der art. 164. verordnet, daß junge Diebe nur dann, wenn sie noch an vierzehn Jahren sind, und ihre Bosheit das Alter erfüllt, mit dem Tode, außerdem aber nur mit einer Leibesstrafe belegt werden sollen, und der art. 175. wiederhohlt dies ausdrücklich bei dem Kirchendiebstahl. — Ich will hier nicht untersuchen, ob nicht durch diese Artickel, blos die Grundsätze des römischen Rechts bestätigt worden, ich will geradezu annehmen, daß Carl diese Ausnahme von seinen Strafverordnungen, wegen des geringen Grades des dolus und der Freiheit, welche bei der Jugend präsumirt werden muß, gemacht habe. Wer erlaubt uns denn aber, das was der Gesetzgeber blos bei Unmündigen verordnet, auf alle andern Personen; das was nur von einem Verbrechen einer gewissen Art verordnet ist, auf alle Verbrechen auszudehnen? Welch ein Schluß: junge Diebe sollen nicht mit dem Leben bestraft werden — also kann jedem Verbrecher nur dann die gesetzliche Strafe treffen, wenn er mit voller Freiheit gehan-

gehandelt hat! — Der art. 104. verdient eine nähere Aufmerksamkeit. „So jemandt, sagte er, „unsern gemeynen geschriben rechten nach, durch „eyn verhandlung das Leben verwürkt hat, soll man „nach gutter gewonheyt, oder nach ordnung „eynes guten rechtverstendigen richters, „so gelegenheyt vnd ergernuß *) der übel„thatt ermessen kan, die form und weiß der„selben tödtung halten vnd vrtheylen." Eben so erklärt sich Carl gleich darauf über die Leibesstrafen und es scheint allerdings, als wenn er hier das in Frage stehende Recht den Richtern zugestanden habe. Einige Interpreten erklären diese Stelle blos von den äußern Formalien bei der Execution. **) Allein wenn dies ist, wozu braucht dann der Richter die Umstände und die Größe des Verbrechens dabei in Betracht zu ziehen, welches doch der Artikel fodert? — Die wahre Erklärung scheint mir folgende. Eine Hauptabsicht Carls bei diesem Artikel ist ohnstreitig, die grausamen und oft unverhältnißmäßigen Strafen, welche in Deutsch-

*) Ist soviel wie Schaden, oder äußere Größe der Rechtsverletzung. cf. *Walch Glossarium.* p. 143—145.

**) cf. *Kress ad hunc art.*

Deutschland üblich waren einzuschränken. Er verordnet daher, daß kein Verbrechen mit einer peinlichen Strafe belegt werden soll, auf welches die gemeinen Rechte keine peinliche Strafe gesetzt haben und daß, wo von diesen keine Todesstrafe gesetzt ist, auch nirgends auf eine solche erkannt werden soll. Aber weiter durfte Carl nicht in seiner Einschränkung gehen. In mehrern Ländern waren bei gewissen Verbrechen gewisse Todes- oder Leibesstrafen herkömmlich, welche den kaiserlichen Rechten nicht bekannt waren, oder die auch hier sanctionirte Strafen, waren doch auf eine eigne Art modificirt. Statt den Säcken, mit welchen die Carolina gewisse Verbrecherinnen bedrohte, war an einigen Orten das Pfählen oder das Schwerd herkömmlich, das Wippen, Trillen, Haarabschneiden sind der Carolina ganz unbekannte Strafen, ob sie gleich an verschiedenen Orten statt des Auspeitschens ꝛc. in Gebrauch waren. In manchen Ländern aber war die Strafe, der in der Carolina benannten Verbrechen nicht etwa blos auf eine verschiedene Art (durch Gesetz oder Gewohnheit) bestimmt, sondern sie war gar nicht bestimmt und wurde nach dem arbitrium judicis bestraft. Im andern war eine Leibes- oder Todesstrafe bestimmt, wo die Carolina die Strafe unbestimmt läßt. Allen diesen Terri-

torialbestimmungen, konnte kein gemeines Criminalgesetzbuch vorgreifen. Man weiß, wie fest damals die Länder an ihre Autonomie und ihren wohlhergebrachten Gewohnheiten hielten und wie sehr die Landesherrn, eifersüchtig gegen die steigende Macht des Reichsoberhaupts, ihre wirklichen oder eingebildeten Gerechtsame zu behaupten suchten. Die Reichspeinliche Gerichtsordnung konnte daher der strafenden Gewalt der Landesherrn nur eine negative Grenze setzen, indem sie ihr die Gattung der Strafe, über welche sie unter gewissen Bedingungen nicht hinausgehen durfte, vorzeichnete. Dies zu erklären und den Landesherrn innerhalb dieser Schranken ihre volle Freiheit in Bestrafung der Verbrechen zuzusichern, ist die Absicht der angeführten Stelle dieses Artikels, welcher in so fern blos als ein Commentar zu der clausula salvatoria in der Einleitung der Carolina zu betrachten ist. Es sagt daher jene Stelle nichts anders als 1) wo die Art die Todes oder Leibesstrafe durch Partikulargesetze der Gewohnheiten anders als in dem gemeinen Rechte bestimmt ist, da darf auch diese Art der Todes: oder Leibesstrafe angewendet werden, wenn sie nur überhaupt von demselben gebilligt worden ist („es soll nach guter gewohnheit die form und Weiß" dieser Strafe gehalten werden). 2) Wo

Die

die Art der Todes- oder Leibesstrafe in dem gemeinen Rechte bestimmt ist, die Partikular-Gesetze oder Gewohnheiten aber dieselbe nicht bestimmen, sondern die Strafe der richterlichen Willkühr überlassen, da soll auch nach dieser Partikularbestimmung gehandelt und die „Strafe nach Ordnung eines guten rechtsverständigen Richters, der Gelegenheit und Aergerniß der Uebelthat ermessen kann" bestimmt werden. 3) Wenn Gewohnheit oder Gesetz eines Landes Strafen bestimmt hat, welche in dem gemeinen Rechte willkührlich sind, so soll auch dieser Partikularbestimmung nichts durch das gemeine Recht an ihrer Gültigkeit benommen seyn — Hier ist also nur von den Schranken der Anwendung der Reichsgesetze die Rede, in so ferne diese durch Partikulargesetze bestimmt werden. Von der Art der Anwendung der gemeinen Strafgesetze überhaupt, ohne Beziehung auf Provinzialbestimmungen spricht der Artikel erst nachher. *)

Und

*) Ganz irrig ist es daher, wenn diese Stelle in der mehrmalen angeführten Abhandl. in Hagemans und Günthers Archiv dahin erklärt wird, daß Carl dadurch den Richtern die Befugniß ertheilt habe, „eine in den römischen oder deutschen Gesetzen auf „ein gewisses Verbrechen gesetzte Lebensstrafe, bei „eintretendem geringerem Grad der Moralität und „Schäd-

Und auch hierin ist nichts enthalten, was die Milderung oder Schärfung wegen eines geringern Grades der besondern Strafbarkeit auch nur zum Schein begünstigen könnte. *) „Wann vnser Keyserlich recht, 1) etlich peinlich straff setzen; die nach „gelegenheyt diser zeit vnd land vnbequem, vnd „eyns theyls nach dem Buchstaben, nit wol müglich zu gebrauchen weren, darzu auch 2) dieselben „recht die form vnd maß, eyner jeglichen peinlichen „straff nit anzeygen, sonder auch guter gewonheyt „odr erkantnuß verstendiger Richter beuulhen, und „nie derselben willkure setzen, die straff nach gele-

„genheyt

„Schädlichkeit jenes Verbrechens in eine minder „schmerzhafte und schimpfliche Art von Todesstrafe „zu verwandeln."

*) Es scheint meiner Erklärung entgegen zu stehen, daß die Bambergensis, ein bloßes Partikulargesetzbuch, in dem Art. 125. ganz dieselbe Verordnung hat. Allein diese Bedenklichkeit verschwindet, wenn man bedenkt, daß die Bambergensis höchstwahrscheinlich als Project zu einer Reichscriminal-Gerichtsordnung von Schwarzenberg verfaßt worden ist. cf. von Löwenstern über die Zweifel bei der Frage: ob Bamberger die H.G.O ursprünglich als ein Project eines Reichsgesetzes entworfen sey? In Plitts Repertorium B. II. Nro. 1. — *Walch introductio in lectionem* C. C. C. in *Glossario* p. 33. not. n.

„Genheyt vnd ergernuß der übelthatt, auß lieb der„gerechtigkeyt, vnd umb gemeynes nutz willen zu „ordnen und zu machen.“ Wenn aber auch, dies ist der klare Sinn dieser Verordnung, keine Particularbestimmungen die Anwendung des gemeinen Rechts beschränken, so soll gleichwohl dann die Bestimmung der Strafe den Richtern überlassen seyn, wenn entweder die Unmöglichkeit der Anwendung der gesetzlich bestimmten Strafe eine Verwandlung derselben noth wendig macht, oder wenn die Carolina die Strafe entweder gar nicht oder nicht vollständig bestimmt, mithin wenn es in der Natur der Strafe oder des Strafgesetzes liegt, daß man die gemeinen Rechte selbst nicht als unmitelbares Princip der Bestimmung der Strafe gebrauchen kann. Nur auf jene zwey bekannten Fälle ist von Carl die Befugniß des Richters die Strafe selbst zu bestimmen, eingeschränkt: über das Recht auch von bestimmten Strafgesetzen wegen besonderer Gründe der Strafbarkeit abzuweichen, beobachtet er ein tiefes Stillschweigen. Gewiß würde doch wohl der Kaiser von diesem wichtigen und eben nicht von selbst einleuchtenden Recht des Richters in einer „Vorrede wie man Missethat peinlich strafen soll“ und in einer Stelle, welche unmittelbar von der richterlichen Willkühr bei Anwendung der

Straf:

Strafgesetze handelt, gesprochen haben, wenn er es dem Richter gestatten wollte. Aber dies ist nicht geschehen, nur auf jene zwei Voraussetzungen hat er die Willkühr des Richters ausgedehnt und dies ist ein unleugbarer Beweis, daß ein solches Recht dem Willen des Gesetzgebers widerspreche. — An den 105ten Artikel, knüpfen zwar gewöhnlich die Commentatoren die Lehre von dem Milderungs- und Schärfungsrecht. Allein man muß mit ganz besondern Augen des Geistes lesen, wenn man darin auch nur eine flüchtige Spur von diesem usurpirten Recht entdecken will.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MÜNCHEN

Haust

Hausbucht

Hausbuchh

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Feuerbach, Paul Johann Anselm

Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts

Bd.: 1

Erfurt (1799)

Crim. 92-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10394287-7
VD18 80234305-001